



وسائل الاثبات

لدى القاضي الاداري

تأليف

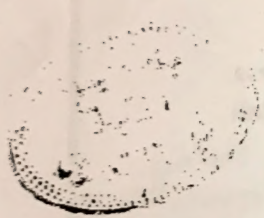
المحامي
صفاء حسين الشمري
ماجستير قانون عام

استاذ القانون العام المساعد
د. حنان محمد القيسي

كلية القانون / الجامعة المستنصرية
بغداد - ٢٠١٢

٣٣٤
٤٠٢
ك
٥٠٢

٣٤٢
٨٤٨٢
د. حنان القيسي
١٤ / ١٠ / ٢٠١٢



وسائل الإثبات

لدى القاضي الإداري

د. حنان محمد القيسي // استاذ القانون العام المساعد

المحامي // صفاء حسين الشمري

ماجستير قانون عام

كلية القانون/الجامعة المستنصرية

بغداد - ٢٠١٢

١٠١٣٨

هذا الكتاب

وسائل الإثبات

لدى القاضي الإداري

عدد الصفحات (١٤٦)

تأليف

د. حنان محمد القيسي // استاذ القانون العام المساعد
المحامي // صفاء حسين الشمري // ماجستير قانون عام
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

حقوق الطبع محفوظة

مكتبة صباح

بغداد - كرادة

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٥٣١ لسنة ٢٠١٢ م

الفهرست

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة
١١	الفصل الاول : القضاء الاداري في العراق
١٢	المبحث الاول : نشأة القضاء الاداري في العراق
٦٣	المبحث الثاني : دور القاضي الاداري في الدعوى الادارية
٩١	الفصل الثاني : خصوصية وسائل الاثبات لدى القاضي الاداري
٩٢	المبحث الاول : طبيعة وسائل الاثبات المعتمدة لدى القاضي الاداري
١٠٨	المبحث الثاني : تكامل وسائل الاثبات بين القضاء الاداري والقضاء العادي
١٢٧	الفصل الثالث : تعامل القاضي الاداري مع وسائل الاثبات
١٤٣	المصادر

المقدمة

يتميز القانون الإداري بمحدثاته نشأته خاصة إذا ما قورن بفروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي والقانون المدني والقانون التجاري، ففي فرنسا - التي هي الموطن الأم للقانون الإداري بمعناه الفني الكامل - لم يظهر هذا القانون إلا في أواخر القرن الثامن عشر، ولم يتماسك بنيانه إلا خلال القرن التاسع عشر، ثم خلال النصف الأول من القرن العشرين مع استمراره في النمو بعد الحرب العالمية الثانية.

ويعتبر القانون الإداري العراقي المعتمد أنطلاً من النموذج الفرنسي قانوناً مستورداً من أساسه، والذي تم تركيزه في العراق بصفة تدريجية إلى أن تدعم وتركز بصورة متينة في عام ١٩٨٩ بصدور القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.^(١)

والقانون الإداري بمفهومه الواسع هو "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الإدارة العامة سواء كانت هذه القواعد منتمية إلى القانون العام أو إلى القانون الخاص، بل يمكن أن تكون هذه القواعد منتمية فقط إلى القانون الخاص، أما في مفهومه الضيق فهو "مجموعة القواعد القانونية المتميزة أو المختلفة عن قواعد القانون الخاص" والتي تحكم الإدارة العمومية من حيث تنظيمها ومن حيث نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات".^(٢)

١ - د- مازن ليلو راضي - القضاء الإداري - ط٢ - مطبعة جامعة دهوك - دهوك - ٢٠١٠ - ص ٩٤. وإن كان هناك من يعتبر أن العراق عرف بموجب القانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧ ما يسمى بالحكم الإدارية والتي ألغيت بموجب القرار رقم (١٦) لسنة ١٩٨٨ قانون تعديل قانون النظام القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

٢ - دعلي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، د. مهدي ياسين السلامي - مبادئ وأحكام القانون الإداري - جامعة بغداد - كلية القانون - بغداد - ١٩٩٣ - ص ٢٠ وما بعدها.

وفي هذا الإطار يشكل القضاء الإداري أحد الموضوعات الأساسية للقانون الإداري الذي كما عرفناه ليس فقط القانون الذي يحكم تنظيم الإدارة ونشاطها وإنما أيضاً القانون الذي يحكم جوانب عدة في المنازعات التي تنشأ بين الإدارة والأفراد ويمكن تعريف القضاء الإداري بأنه "القضاء الذي يختص بالمنازعات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها"^(١) والتي هي في أغلب الأوقات تحتل فيه مركزاً أقوى من الطرف المتقابل معها نظراً لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة في حين أن الطرف الآخر يحتل مركز الضعف.

ونظراً لهذا التفاوت الواضح بين المتقاضين فإن القاضي الإداري - وخلافاً للقاضي العادي - يحتكم لما له من سلطات واسعة للبحث والاستقراء لاستجلاء الحقيقة بوضوح متخلياً بذلك عن الحياد المفروض للقاضي متخذاً كل التدابير للبحث عن الحجج وتقديرها متجاوزاً لمبدأ البينة على من أدعى، وذلك من خلال مطالبة الإدارة - والتي غالباً ما تكون في إطار النزاع الإداري في مركز المدعى عليه - بإثبات الوسائل التي تفند اتهامها، ويمكن للقاضي الإداري أيضاً الإذن بإجراء أبحاث يرى أنها ضرورية لاستكمال البحث.

وعلى هذا الأساس فإن القضاء الإداري هو قضاء غير مقيد بالقواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية، وما يحتويه من إجراءات استقصائية بما يفسح للقاضي الإداري مجالاً واسعاً للتعامل مع وسائل الإثبات تعامللاً كشفياً تفتيشياً، كالذي يتوخاه القاضي الجزائي منعرجاً بالنزاع في إطار القضاء الإداري من النظام الاتهامي إلى النظام الاستقرائي.^(٢)

^١ - د توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - القاهرة - ١٩٥٥ - ص ٣.

^٢ - د عباس العمودي - شرح أحكام قانون الإثبات المدني - دار الثقافة - عمان - الأردن - ١٩٩٩ - ص ٢٣.

وتكمن بالتالي أهمية الإثبات في أنه يمكن أحد طرفي الخصومة من كسب الدغوى فالمحكمة التي تنظر بالنزاع تقضي لصالح أحد الأطراف بعد أن تمحص أدلة الإثبات المقدمة إليها وهي في ذلك تمجهد لترجح الأدلة المقدمة إليها لتتخذ بوسيلة إثبات دون أخرى.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف الإثبات بكونه " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت أثارها"،^(١) تعد أساساً لحق مدعى به وذلك بالكيفية والطرق التي يحددها القانون وفي تعريف آخر مشابه لهذا فالإثبات هو " إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظراً لما يرتب عليه من أثار قانونية".^(٢)

وتجدر الإشارة الى أن الإثبات في النزاع الإداري وخلافاً للنزاع المدني بدأ يتعرج من صبغته الموضوعية والقائمة على مبدأ البيئة على من أدعى إلى صبغته الذاتية المرتكزة على قناعاته القاضي الإداري الشخصية والخاصة لوجدانه الخالص، وذلك لإثبات جهة الحق التي تتوقف على تقديم الخصوم ما لهم من أدلة مثبتة لأصل الحق وذلك أن الشخص الذي يعجز عن تقديم الدليل على ما يدعيه يخسر دعواه إذ تنفق النظم على أن الحق الذي لم يقم عليه دليل هو والعدم سواء.^(٣)

ولئن دأب المشرع العراقي منذ صدور قانون المرافعات المدنية من خلال مختلف التنقيحات التي أتت عليها من تحديد دقيق للنظام القانوني للإثبات في المادة المدنية، بأن

١ - د عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- ج ٢- القاهرة- دار النهضة العربية- ص ١٣-١٤.

٢ - د سليمان مرقس- أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية- ج ١- عالم الكتب- القاهرة- ١٩٨١- ص ١١.

٣ - د عباس العبودي- أحكام قانون الإثبات المدني العراقي- دار الكتب للطباعة والنشر- جامعة الموصل- ١٩٩١- ص ١٨-١٩.

أتى على حصرها وبين منظومتها فأتى على تبيان من تحمل عليه البيئة وتحديد سلطات القاضي، فإن هذا الأمر بدا مخالفاً لما هو عليه في النزاعات الإدارية الذي هو - وأمام غياب منظومة متكاملة للإثبات - قد أتى على اعتماد نظام قانوني مستقل به حيث يعتمد على الإثبات الحر الذي أقصى كل ما من شأنه أن يعطل كشف الحقيقة.

ألا أن القاضي الإداري رغم تمتعه بنوع من الحرية والاستقلالية في اعتماد القواعد الواردة بالقانون المدني فإنه يجد نفسه أحياناً ملزماً بالأخذ بها، وذلك نظراً لأنها تخدم النزاع وتعمل على إثبات الحق وهو ما يخلق تكاملاً بين هذين الصنفين من القضاء (العادي والإداري) الذي يتجسد أساساً في الأزواجية القضائية التي تخلق مسألة تنازع الاختصاص بينهما، والتي حسمها المشرع في عام ١٩٨٩ بصدر القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المتعلق بمحكمة القاضي الإداري وذلك بإعادة تنظيم اختصاص كل من المحاكم العادية ومحكمة القاضي الإداري بخصوص النزاعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها.^(١)

وسوف نحاول بيان وسائل الإثبات في الدعوى الإدارية، من خلال فصول ثلاثة نبحث في الأول القضاء الإداري في العراق، بدءاً ببيان نشأة القضاء الإداري في العراق، ثم ولاية القاضي الإداري في الدعوى الإدارية ثانياً، أما الثاني فسوف نخصصه للبحث في خصوصية وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري، من خلال بيان طبيعة وسائل الإثبات المعملة لدى القاضي الإداري أولاً، ثم تكامل وسائل الإثبات بين القضاء الإداري والقضاء العادي ثانياً، أما الفصل الثالث فسيكون محلاً لبحث موضوع القاضي الإداري وتبعية عبء الإثبات، لنحاول من خلاله البحث في تكريس القاضي الإداري لبدأ البيئة على من ادعى، وآثار مبدأ البيئة على من ادعى.

^١ - د. مازن ليلو راضي - المرجع السابق - ص ٩٥.

الفصل الاول

القضاء الاداري في العراق

لا جدال في أن تطور حقوق وواجبات الأفراد من جهة، والتزامات وامتيازات الدولة بما يواكب تطور الحياة والفكر والحاجات من جهة أخرى قد أوجد نوعاً من الخلاف والتنازع بينهما، فكان السبب في ظهور حق التقاضي، مما يقتضي بطبيعة الحال وجود سلطة تنظر في هذا الخلاف (النزاع) لحسمه تأمينا لسيادة حكم القانون.

وقد أوكلت بناء على ما تقدم للسلطة القضائية مهمة حسم هذا النزاع بما تمتلكه من سلطة رقابية على أعمال الافراد والأعمال الإدارية من وظيفة الدولة على حد سواء، تلك الرقابة التي تستهدف حماية حقوق الأفراد وحررياتهم، او الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة واتفقها مع القانون.

والرقابة القضائية على المنازعات الادارية، اي المنازعات ما بين الافراد من جهة والإدارة من جهة أخرى، تعمل في مجال نظامين، نظام القضاء الموحد الذي يجعل القضاء العادي السلطة المكلفة بالفصل في الخصومات الإدارية والفردية^(١)، ونظام القضاء المزدوج^(٢)، الذي يستلزم قيام جهتي قضاء احدهما خاصة تحسم الخلافات الإدارية وتستقل عن جهة القضاء العادي، سميت جهة القضاء الإداري أو (المحاكم الإدارية)^(٣). وسوف نحاول في هذا الفصل بيان نشأة القضاء الاداري في العراق اولا، ثم ولاية القاضي الاداري في الدعوى الادارية ثانيا.

^١ - يقصد بنظام القضاء الموحد أن توجد في الدولة جهة قضائية واحدة هي جهة القضاة الاعتيادي، تتولى الفصل في المنازعات كافة سواء ما ينشأ منها بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة. ومن الدول التي تأخذ بنظام القضاة الموحد إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول العربية، ومنها الأردن والسعودية.

^٢ - المقصود بنظام القضاء المزدوج أن توجد في الدولة جهتان قضائيتان هما : جهة القضاء الاعتيادي ويكون اختصاصها النظر في المنازعات جميعا ايا كان نوعها بين الأفراد أنفسهم وكذلك النظر في الدعاوى جميعا المدنية الجارية بين الأفراد من جهة وهيئات الإدارية من جهة أخرى إذ تتصرف هذه الهيئات بوصفها شخصا عادياً أو شخصا معنوياً خاصاً. وجهة القضاء الإداري ويكون اختصاصها مقتصر على الفصل في المنازعات الإدارية، اي تلك المنازعات التي تنشأ بين الأفراد وهيئات الإدارية، حين تتصرف هذه الهيئات بوصفها سلطة عامة تستخدم في تصرفاتها وسائل القانون العام.

^٣ - الأستاذ كامل السامرائي : القضاء الإداري في العراق - ١٩٦٣ - ص ١.

المبحث الاول

نشأة القضاء الاداري في العراق

لا يستقيم الحديث عن القضاء الاداري في العراق بحال من الاحوال ما لم نتطرق الى مراحل التطور التاريخي لهذا القضاء من جهة، وتشكيل محكمة القضاء الاداري واختصاصاتها من جهة ثانية وكما سيلبي بيانه:

المطلب الاول

التطور التاريخي للقضاء الاداري في العراق

مر العراق بمراحل تدرج في مجال الرقابة القضائية على اعمال الادارة في العراق ما بين مرحلتي القضاء الموحد والقضاء المزدوج، مما ترتب عليه اختلاف في جهة الرقابة على هذه المنازعات من جهة، واختلاف في الولاية التي تمارسها كلتا جهتي القضاء من جهة ثانية، ولغرض الاحاطة بتلك المراحل سوف نقسم البحث فيها الى فرعين نتناول في الاول نظام القضاء الموحد في العراق، اما الثاني فسنبين فيه الرقابة القضائية على اعمال الادارة بصدور قانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

الفرع الاول

العراق ونظام القضاء الموحد

لقد اسلفنا ان العراق مر بمراحل تطور عديدة في مجال الرقابة على المنازعات الادارية، فقد اخذ ابتداء برقابة القضاء العالي، اي نظام القضاء الموحد،^(١) واكد

١ - فكرة إنشاء نظام للقضاء الإداري في العراق كانت فكرة قديمة ترجع إلى أكثر من قرن من الزمن وبالتحديد إلى عام ١٨٦٥ إذ أسست السلطات العثمانية في العراق ما يسمى (مجلس شورى دول) أي مجلس شورى الدولة، ورسم له دور إبداء المشورة والرأي إلى الإدارة فقط، وذلك لأن القضاء الاعتيادي في العراق كان يختص بالمنازعات والدعاوى جميعاً التي ترفع بين طرفين سواء كان أحدهما جهة الإدارة أم غيرها جاعلاً العلاقة بين القضاء والإدارة تخضع لمبدأ القضاء الموحد الذي كان يشكل منهج العمل للدولة العثمانية في العراق. لمزيد من التفاصيل راجع: د عبد الرحمن نورجان الأيوبي - المرجع نفسه - ص ٢٥٢.

القانون الاساسي العراقي لسنة ١٩٢٥، على الولاية العمة للقضاء المدني بنص المادة (٧٣) منه (للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الأشخاص في العراق في كل الدعاوى والامور المدنية والجزائية التي تقيمها الدولة العراقية او تقام عليها، عدا ما استثنته هذه المادة من الامور الداخلة في اختصاص المحاكم الدينية والمحاكم الخاصة.

في حين ألزمت المادة (٨٨) من القانون الاساسي تأسيس المحاكم واللجان الخاصة فيما يختص بحسم الاختلافات الواقعة بين الحكومة وموظفيها فيما يتعلق بخدماتهم^(١) اما ما يتعلق بقضاء الموظفين في غير هذا الخصوص (نقصد بها المنازعات التأديبية والانضباطية) فقد نظمه قانون ديوان التدوين القانوني رقم (٤٩) لعام ١٩٣٣.

بعد الغاء القانون الاساسي لم تنص الدساتير التي صدرت بعد ذلك على نصوص مشابهة، غير أن ذلك لم يمنع المشرع من النص في بعض القوانين التي شرعت في ظلها من النص على الولاية العامة للقضاء العراقي فيها، من ذلك مانص عليه قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (٨٣) لعام ١٩٦٩ في المادة (٢٩) منه ((تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل بالمنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى منها بنص خاص)).

ومن ذلك ايضاً مانص عليه قانون التنظيم القضائي النافذ رقم (١٦٠) لعام ١٩٧٩ في المادة الثالثة منه ((تسري ولاية القضاء على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة إلا ما استثنى منها بنص خاص)) ، والواضح أن المشرع قصد من هذه

١ - المادة الثامنة والثمانون: تؤسس محاكم أو لجان خصوصية عند الاقتضاء للأمور الآتية:

١ - لمحاكمة أفراد القوات العسكرية العراقية عن الجرائم المصرح بها في قانون العقوبات العسكري.

٢ - لفصل قضايا العشائر الجزائية والمدنية بحسب عاداتهم المألوفة بينهم بموجب قانون خاص.

٣ - لحسم الاختلافات الواقعة بين الحكومة وموظفيها فيما يختص بخدماتهم.

٤ - للنظر في الاختلافات المتعلقة بالتصرف في الأراضي وحدودها.

٥ - المجالس العرفية والمحاكم الخاصة تؤلف في الأحوال المبينة في المادة (١٢٠) من هذا القانون.

الملة اتساع هذه الولاية للقضايا الإدارية إلا ما استثني منها بقوانين خاصة إلى أن يجين الوقت لإنشاء مجلس الدولة وحتى تجد كل ظلامة من يفصل فيها.^(١)
ثم جرت عدة محاولات بغية التحول به الى نظام القضاء المزدوج ، خاصة مع تعالي اصوات رجل القانون يطالبون بإنشاء قضاء إداري مستقل عن القضاء العلي
يختص بنظر المنازعات بين الادارة والافراد لضمان عدم تجاوز الهيئات الادارية على القانون وعلى حقوق وحريات الافراد وذلك على غرار النظام الفرنسي والدول التي قلدها في هذا الشأن ليصبح العراق بذلك من دول القضاء المزدوج بكل نظامه القائم على وحلة القضاء.

ولعل اول محاولة لإنشاء القضاء الاداري في العراق كانت عام ١٩٣٦، إذ تضمن المشروع الغاء ديوان التدوين القانوني ليحل محله مجلس دولة يتولى ولاية جسم المنازعات الادارية، الا ان المستشار البريطاني اشار الى رفض المقترح وتعليل اختصاصات ديوان التدوين القانوني ليضم الاختصاص القضائي الى جانب الاختصاص الافتائي، ورفض المشروع ولم يحصل التعديل المقترح.^(٢)

تلا ذلك مشروع عام ١٩٥٠، والذي يمكن القول انه يمثل محاولة حقيقية لإنشاء القضاء الاداري في العراق، ووفقا لهذا المشروع يتكون مجلس الدولة من هيتين احدهما تشريعية لصياغة القوانين واستشارية لما تحتلجه الدولة من فتاوى قانونية والآخرى قضائية، الا ان هذا المشروع أثار مناقشات وملاحظات كثيرة أدت الى وضع مشروع اخر، ثم ثالث ورابع ، وانتهى الامر الى تقديم المشروع في صيغته النهائية الى مجلس النواب، لتعود الحكومة سراعاً بسحبه قبل تشريعه.

^١ - دعصام عبد الوهاب البرزنجي : السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - المرجع السابق، ص ١١٣.

^٢ - د فاروق احمد خماس - محكمة القضاء الاداري في ضوء القانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ - مجلة العلوم القانونية - المجلد التاسع - العدد ٢٠١ - ١٩٩٠ - ص ٢٢٣.

عام ١٩٥٣ كانت هنالك مبلرتان ، احدهما للحكومة، حيث شكلت لجنة وزارية لوضع مشروع جديد الا ان هذا المشروع لم يقدم الى مجلس النواب لتشريعه، اما المبلدة الاخرى فكانت من ١٥ نائبا تقدموا في ذات العام بمقترح لوضع قانون لمجلس الدولة، وافق مجلس النواب على المقترح، وبالفعل وضع مشروع جديد لهذا الغرض وارسل سنة ١٩٥٤ الى مجلس النواب ولكن المجلس لم ينته الى تشريعه بسبب التيارات المختلفة التي ظهرت بشأنه في المجلس.^(١)

بعد قيام ثورة ١٩٥٨، أثير الموضوع مجددا ، وبالفعل انتهى الامر في سنة ١٩٦٣ الى وضع مشروع جديد لمجلس الدولة، حيث اعلن وزير العدل في حينها عن العمل في مشروع قانون لمجلس الدولة الا انه هو الاخر لم يكتب له التشريع.

عام ١٩٦٤ اشار الدستور المؤقت الصادر في ذات العام الى تشكيل المجلس في الملحة (٩٣) منه، اذ نصت المادة على أن " يشكل مجلس الدولة بقانون ويختص بالقضاء الاداري وصياغة القوانين والانظمة وتدقيقها وتفسيرها"، الا ان المجلس المذكور لم يظهر في ظل هذا الدستور او الدساتير التي تلتها، اذ لم تشر تلك الدساتير الى مجلس الدولة.

ولعل مما تجدر الاشارة اليه ان قانون اصلاح النظام القانوني رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧ اكد على ضرورة انشاء قضاء خاص للفصل في القضايا التي تنشأ بين الوزارات او المؤسسات العامة، وفق قواعد خاصة تنسم بالتبسيط وسرعة البت ولا ترتبط بجراءات المحاكم العادية، كما ان هذا القانون اشار الى ضرورة انشاء محاكم خاصة بالنزاعات الخاصة بقضايا الموظفين ومنازعات الوزارات والمؤسسات العامة.

ويبدو ان هذه الدعوة ساهمت - ولو جزئيا - باصدار قانون المحاكم الادارية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، وتختص هذه المحاكم بالنظر في الدعاوى المدنية التي تقيمها الوزارات او

^١ - لمزيد من التفاصيل راجع : د. عبد الرحمن نورجان الايوبي - المرجع السابق - ص ٢٥٦.

مؤسسات الدولة والقطاع العام بعضها على البعض الآخر مهما كانت قيمة الدعوى.^(١)

هذا الاختصاص المتواضع للمحكمة ، خاصة مع عدم ادراج الدعاوى التي يمكن للأفراد اقامتها على الادارة ، حلا بالمشروع الى تعديل القانون ليتسع اختصاص المحكمة ليشمل الدعاوى المدنية التي تكون احدى الوزارات او مؤسسات الدولة والقطاع العام الوزارات او مؤسسات الدولة والقطاع العام خصما فيها سواء اكانت مدعية او مدعى عليها.^(٢)

ومن ثم اصبح اختصاص المحاكم الادارية اكثر اتساعا ليشمل كل الدعاوى التي تكون الهيئات الادارية طرفا فيها بحيث اصبح للأفراد اقامة الدعوى امام هذه المحاكم على الهيئات الادارية مهما كان موضوع الدعوى والتي كانت تختص بها سابقا محاكم البداية. مما يدل على انها لم تؤد الغرض الذي انشئت من اجله، فهي لم تكن سوى اعانة نظر في موضوع توزيع الاختصاص بين المحاكم التي يتالف منها قضاؤنا الموحد.^(٣) وقد تم الغاء هذه المحاكم بموجب القانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٨، قانون تعديل قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

الفرع الثاني

صلور قانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٩

في البدء لابد من التذكير بان القضاء المزدوج يقوم على وجود جهتين قضائيتين في الدولة، تختص جهة القضاء الاداري منهما بالنظر في المنازعات الادارية، في حين تتولى

^١ - المادة (٢) من القانون.

^٢ - المادة (٢) من القانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧ بعد تعديلها بموجب القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٨٠.

^٣ - د فاروق احمد خميس - المرجع السابق - ص ٢٢٨.

جهة القضاء العالي النظر في المنازعات جميعاً أياً كان نوعها بين الأفراد أنفسهم فضلاً عن المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها باعتبارها شخصاً معنوياً خاصاً.

وتتكون كل جهة قضائية من محاكم درجة أولى تعلوها محكمة عليا وهي في القضاء الإداري تتكون من محاكم متخصصة ومدرجة بحسب أنواع القضايا الإدارية وعلى رأسها محكمة إدارية عليا تكون المرجع النهائي في الطعن في أحكام المحاكم الإدارية المختلفة.^(١)

وقد بدأ تنظيم القضاء الإداري في العراق منذ عام ١٩٨٩ عهداً جديداً بظهور جهة قضاء جديدة تباشر اختصاصاتها بجانب جهة القضاء العالي، حيث أنشأ التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة محكمة القضاء الإداري، وأعاد تنظيم مجلس الانضباط العام وجعله هيئة من هيئات مجلس شوري الدولة، وخول المحكمة والمجلس اختصاصات النظر في بعض المنازعات التي قد تثور بين الإدارة والأفراد. وبذلك أصبح من الممكن الحديث عن قيام قضاء إداري في العراق إلى جانب القضاء العالي، وإن لم يكن ذلك بصورة كاملة.

ويمارس القضاء الإداري في العراق من قبل جهتين، هما مجلس الانضباط العام ومحكمة القضاء الإداري وسنحاول بيان تشكيل كل منهما باختصار.

أولاً - مجلس الانضباط العام :

أنشئ مجلس الانضباط العام لأول مرة في العراق بموجب قانون انضباط موظفي الدولة رقم (٤١) لعام ١٩٢٩ الذي حدد كيفية تشكيل المجلس وبين اختصاصاته، وكان المجلس يتألف من رئيس وأربعة أعضاء يتم اختيارهم من رؤساء الدوائر بقرار من مجلس الوزراء^(٢) وذلك للنظر في الاعتراضات المرفوعة ضد القرارات الصادرة من

١ - دعلي جمعة محارب : القضاء الإداري في العراق في ضوء القانون (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ - المرجع السابق ص ٤ وما بعدها.

٢ - انظر المادة (١٧) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ٤١ لسنة ١٩٢٩ .

اللجان الانضباطية ثم انيطت وظائف المجلس بديوان التدوين القانوني^(١) وفي عام ١٩٣٣ صدر قانون التدوين القانوني رقم ٤٩ لعام ١٩٣٣، حيث اصبح رئيس الديوان رئيساً لمجلس الانضباط العام والمدونون القانونيون اعضاء فيه، على ان يضاف اليه عضوان آخرون من رؤساء الدوائر بقرار من مجلس الوزراء. وقد بقي تشكيل المجلس على حاله على الرغم من صدور قانون جديد لانضباط موظفي الدولة، وهو القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٣٦. إذ انطت المادة (٦) منه إلى ديوان التدوين القانوني ووظائف مجلس الانضباط العام كما اسلفنا.

غير ان تشكيل مجلس الانضباط قد تغير بصدر قانون تعديل قانون ديوان التدوين القانوني رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢، حيث اصبح انعقاد المجلس من رئيس الديوان وعضوين^(٢) ويجوز تعيين واحد او اكثر من رؤساء الدوائر بقرار من مجلس الوزراء كأعضاء اضافيين ليحلوا محل الاعضاء الاصليين عند غيابهم بعذر او من دون عذر، ولم يتغير تشكيل مجلس الانضباط العام بانشاء مجلس شوري الدولة بالقانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩، حيث ابقى هذا القانون على المادة السادسة من قانون (ديوان التدوين القانوني الملغي).

وبتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢١ صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٧١٧، والذي بموجبه فك ارتباط مجلس الانضباط العام عن مجلس شوري الدولة، وبذلك اصبح كياناً مستقلاً، وليجعل تشكيله يتم من رئيس وعضوين يسميهم وزير العدل، واجاز تسمية رئيس وعضو احتياط او اكثر ليحل محل من يغيب منهم.

وبصدر قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، فقد اعيد ربط مجلس الانضباط العام بمجلس شوري الدولة واصبح هيئة من

١ - انظر المادة (٦) من قانون ديوان التدوين القانوني رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣.

٢ - انظر المادة (٦) من قانون ديوان التدوين القانوني رقم (١٢) لسنة ١٩٤٢.

هيئاته، وبموجب التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة، اصبح مجلس الانضباط العام هيئة من هيئات مجلس شوري الدولة. وقد بين هذا التعديل تكوين المجلس من رئيس مجلس شوري الدولة رئيساً له، وان اعضاء اعضاء طبيعيين فيه^(١) وحدد انعقاده برئاسة الرئيس وعضوين من اعضائه، واجاز للرئيس اناة احد نوابه او احد اعضاء المجلس لرؤاسته^(٢)

وبحوز الطعن تمييزاً بقرار مجلس الانضباط العام الخاصة بحقوق الخدمة لدى الهيئة العامة في مجلس شوري الدولة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بها بعد أن كان الطعن في هذه القرارات لدى محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية.^(٣)

ثانياً - محكمة القضاء الاداري :

بعد انشاء محكمة القضاء الإداري بموجب قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩، إذ نص على ان تشكل محكمة تسمى (محكمة القضاء الإداري) في مجلس شوري الدولة ، وبانشاء المحكمة اصبح المجلس يباشر اختصاصا قضائيا، فضلا عن اختصاصاته في مجال التقنين وابداء الراي في الامور القانونية.

^١ - الفقرة (١) من المادة (٧) المعدلة بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

^٢ - الفقرة (١- أ) من المادة (٧) المعدلة بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

^٣ - د.عصام عبد الوهاب البرزنجي : بحث توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وحسم اشكالات التنازع بينهما مرجع سابق - ص ٣٨.

المطلب الثاني

تشكيل محكمة القضاء الاداري واختصاصاتها

تعد محكمة القضاء الاداري، جهة القضاء الاداري التي يمارس مجلس الدولة من خلالها، فضلا عن مجلس الانضباط العام، دوره في مجال القضاء في المرافق الادارية، ولما كان مجلس الانضباط العام قد اختط لنفسه اجراءات خاصة تحكم المرافعة فيه، مما يخرجها عن اطار البحث، لذا كان لا بد لنا من التركيز على محكمة القضاة الاداري، سواء من خلال البحث في تشكيلها، او نطلق اختصاصها، وكما سيأتي بهاء.

الفرع الاول

تشكيل محكمة القضاء الاداري

اشار قانون مجلس الشورى المعلن الى تشكيل محكمة القضاء الاداري^(١) والمكلفة تتألف من رئيس وعضوين وكما سيأتي :

١. رئيس محكمة القضاء الاداري : تعقد محكمة القضاء الاداري برئاسة قاض من الصنف الأول أو مستشار في مجلس شوري الدولة ، وبعد قضاة الصنف الأول هم اعلى درجات القضاة ممن اشار لهم قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩^(٢) اما المستشار، فقد نص قانون مجلس شوري الدولة في مادته الاولى على ان المجلس يتألف من عدد من المستشارين لا يقل عن اثني عشر، فضلا عن رئيس ونائبي الرئيس والمستشارين الساعدين، وينقسم مستشاروا المجلس الى صنفين وهما :

- المستشارون المعينون على ملاك المجلس: حيث يتم تعيينهم من الخاصلين على شهادة بكالوريوس في القانون، ومن يتمتعون بممارسة فعلية بعد التخرج من الكلية مدة لا تقل عن اثنتين وعشرين سنة في الخدمة او في

^١ - الفقرة (٢ - ب) من المادة (٧) المعدلة بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

^٢ - المادة (٣٨) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

وظيفة قضائية، او قانونية في دوائر الدولة والقطاع العام، وتكون مدة الممارسة عشرين سنة بالنسبة للحاصل على شهادة الماستر في القانون، وثمانى عشرة سنة بالنسبة للحاصل على شهادة الدكتوراه في القانون، سواء أكانت هذه الممارسة قبل حصوله على إحدى هاتين الشهادتين أم بعدها، وتعد مدة الدراسة الصغرى للحصول على إحدى هاتين الشهادتين ممارسة لأغراض هذا القانون، وتضم مدة الممارسة في الحملة او الوظائف المذكورة بعضها الى بعض لغرض التعيين^(١)

ويجوز ترقية المستشار المساعد الى درجة مستشار عند توافر نفس الشروط السابقة، على ان يكون قد قضى مدة لا تقل عن ثلاث سنوات في وظيفته، واثبت خلالها كفاءة جيدة ومقدره على العمل وانتاجية عالية، ونشر على الاقل بحثين قانونيين قيمين، وذلك بناءً على توصية من هيئة رئاسة المجلس الى وزير العدل للموافقة عليها لاستصدار المرسوم بذلك ويجوز لهيئة رئاسة المجلس رفع توصياتها الى ديوان الرئاسة لاستصدار المرسوم الجمهوري بذلك.^(٢)

- المستشارون المنتدبون : ولا يجوز ان يزيد عددهم عن ثلث عدد المستشارين، وهذه الفئة يتم انتدابهم للعمل في المجلس لمدة سنتين قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط^(٣) ، ويكونون من قضاة الصنف الأول والمدراء العامين في دوائر وأجهزة وزارة العدل والمفتشين العدليين ورئيس الادعاء العام والمدعين العامين والمدراء العامين في دوائر الدولة ممن تتوافر لديهم

^١ - المادة (٢٠) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل.

^٢ - المادة (٢٣) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل.

^٣ - المادة (٢٥) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل.

المخيرة في الامور القانونية او الادارية او الاقتصادية وأعضاء الهيئة
التدريسية في كلية القانون بالجامعات العراقية^(١)

٢. أعضاء محكمة القضاء الادارية وهما عضوانه ويستوي في ذلك ان يكونا من
القضاة على ان لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني من صنف القضاة^(٢) أو
من المستشارين الماعدين في مجلس شوري الدولة، وبالنسبة للمستشارين
الماعدين فهم فئة واحدة يتم تعيينهم على ملاك مجلس شوري الدولة بمرسوم
جمهوري بصورة مباشرة، على ان لا يزيد عددهم على نصف عدد المستشارين.
ويشترط في المستشار الماعدا ان يكون حاصلاً على شهادة بكالوريوس في
القانون، وله ممارسة مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة، تصبح ثلاث عشرة سنة
بالنسبة للحاصل على شهادة المجستير في القانون، واحدى عشرة سنة بالنسبة
للحاصل على شهادة الدكتوراه في القانون، سواء أكانت هذه الممارسة قبل حصوله
على احدى هاتين الشهادتين أم بعدها، وتعد مدة الدراسة الصغرى للحصول على
احدى هاتين الشهادتين ممارسة لاغراض تطبيق قانون مجلس شوري الدولة على هذه
الحالة^(٣)

١ - المادة (٢٤) من قانون المجلس، وما تجدر ملاحظته ان الانتداب من خارج كواد وزارة العدل
يستوجب موافقة الوزير المختص الذي يعمل المستشار المنتدب في ملاك وزارته، دون اولئك
المتددين من داخل ملاك الوزارة.

٢ - ولا بد من الاشارة الى أن القاضي يرفع من درجة الى درجة اعلى بقرار من مجلس العدل
بعد قضائه المدة المحددة، وهي خمس سنوات لكل صنف، وذلك وفقاً لاحكام المادتين (١٨)
اولاً و (٢٩) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

٣ - المادة (٢١) من قانون مجلس شوري الدولة المعدل.

ونعتقد ان المشرع العراقي قد سلك سلوكا غير مألوف بالتخير في تشكيل المحكمة، على الرغم من ان القاعدة العامة في مجل الاختصاص انه اولا من النظام العام، وانه ثانيا يجب ان يكون محلدا من حيث الاشخاص والزمان والمكان والموضوع، وغاية المشرع من ذلك لا تخرج - برأينا - عن احتمال من الاحتمالات التالية:

الاول - ان المشرع اراد ان يجمع في تشكيل المحكمة بين الطابع القضائي والاداري، واضعا في حسبانها الطبيعة الخاصة للمنازعة الادارية.

الثاني - ان نية المشرع التجهت الى انشاء جهة قضاء مختلفة عن جهة القضاء العادي، ولا يخفى على احد ان تشكيل المحكمة من قضاة بالكامل سيؤدي الى الاستعانة بطبيعة الحال بقضاة المحاكم المدنية باعتبار خبرتهم الطويلة بنظر المنازعات الادارية لعقود من الزمان، ومن ثم لن نكون - في الواقع - الا امام تشكيل جديد من المحاكم المدنية.

ثالثا - انه اراد منح رئيس مجلس شوري الدولة سلطة تقديرية في تشكيل المحكمة، وفقا للمهام الموكلة له، فان كانت الحاجة الى تفرغ المستشارين لعمل اللجان في المجلس، جعل رئاسة المحكمة لقاض من الصنف الاول وعضويتها لمستشارين مساعدين، اما ان كان بحاجة الى تفرغ المستشارين المساعدين لعمل اللجان المتخصصة جعل رئاسة المحكمة لمستشار وعضويتها لقضاة من الصنف الثاني.

على انه يجب الانتباه الى ان القضاة المتدربين للعمل في محكمة القضاء الاداري - رئاسة او عضوية - لا بد أن تكون من غير اولئك المتدربين اصلا لعضوية مجلس شوري الدولة.^(١)

^١ - الفقرة (٢-ج) من المادة (٧) المعدلة بقانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩.

والحقيقة ان المشرع العراقي بدأ بإنشاء محكمة واحدة للقضاء الإداري مقرونة
وزارة العدل، رغبة منه في عدم الانتقال في الهياكل القضائية والدخول اجتهاداً في
اشكالات تنزع الاختصاص خاصة مع توقع قلة الدعاوى المرفوعة على الأفراد في
بداية إنشاء القضاء الإداري مع ما يصاحب ذلك من اعتياد الأفراد على قلعة المحاكم
امام المحاكم المدنية على ان المشرع ترك باب التوسعة في تشكيلة القضاء الإداري حيثما
اجاز ذلك عند اقتضاء تشكيل محكمة أخرى للقضاء الإداري في مراكز التظلم
الاستثنائية ببيان يصدره وزير العدل، بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شورى
الدولة ينشر في الجريدة الرسمية^(١)

وتجدر الاشارة بهذا الصدد إلى أن مقترحاً بتشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري
لم يصدر عن تلك الهيئة منذ صدور القانون ولا تزال المحكمة التي شكلها القانون في
بغداد هي المحكمة الوحيدة، على الرغم من كثرة الدعاوى لتشكيل محاكم أخرى وتعدد
المبررات التي تسوغ تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري في بعض المناطق الاستثنائية
أن لم نقل في جميعها.

الفرع الثاني

اختصاصات محكمة القضاء الإداري

لقد اسلفنا ان العراق ولغاية عام ١٩٨٩ كان من بين دول القضاء الواحد حيث
لا يوجد في العراق سوى هيكل قضائي واحد ينظر في كافة المنازعات، سواء كانت بين
الأفراد او بينهم وبين الاجهزة الادارية. وسوف نحاول بيان الولاية التي كانت تتمتع بها
المحاكم المدنية على المنازعات الادارية من حيث نطاق تلك الولاية والاستثناءات التي
ترد عليها قبل بيان اختصاصات محكمة القضاء الإداري، نتيجة انسحاب تلك
الاستثناءات على اختصاص محكمة القضاء التي انشئت فيما بعد

^١ - المادة (٧-ثانياً) من القانون.

اولا - نطاق الولاية العامة للمحاكم المدنية، والاستثناءات الواردة عليها :

• نطاق الولاية العامة للمحاكم المدنية :

تؤكد الاطار التشريعي للولاية العامة للمحاكم العادية في نظر جميع المنازعات من خلال النصوص الدستورية والتشريعية المختلفة، اذ كانت البداية مع المادة (٧٣) من القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥، ثم تؤكد ذلك في نصوص تشريعية عديدة منها المادة (١٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الملغى رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٦ والتي نصت على أن " للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الاشخاص طبيعية كانت ام معنوية بما في ذلك الحكومة في كل الدعاوى والامور المدنية والتجارية".

والمادة (٣) من قانون السلطة القضائية الملغى رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٣^(١) والمادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩^(٢) والمادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩^(٣) وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون " ... اتجه القانون الى جعل ولاية المحاكم المدنية شاملة لكافة الاشخاص الطبيعية والمعنوية ولكافة الدعاوى الا ما استثنى بالقوانين بنص حتى تتسع هذه الولاية للدعاوى الادارية التي يقوم القضاء حاليا بوظيفة الفصل فيها الا ما استثنى بقوانين خاصة الى ان يحين الوقت لانشاء مجلس الدولة وحتى تجد كل ظلامة من يحققها او يفصل فيها".

على ما تقدم فالاصل العام في دول القضاء الموحد - ومنها العراق - هو ولاية المحاكم العامة في النظر في كافة المنازعات الادارية، سواء فيما يتعلق بطلب الغاء

^١ - تنص المادة (٣) على " تسري ولاية المحاكم على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة ألا ما استثنى بنص خاص".

^٢ - تنص المادة ٣ على أنه "تسري ولاية القضاء على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية، العامة والخاصة، الا ما استثنى منها بنص خاص".

^٣ - تنص المادة ٢٩ على أنه " تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص".

القرارات الادارية غير المشروعة أو بطلب التعويض عنها فلما ما اراد المشرع اسطفا
من هذا الاصل العام ان يقيد هذه الولاية بمنع المحاكم من الغاء القرارات الادارية
توجب عليه ان يورد نصا عاما في هذا الشأن
على ما تقدم فان الولاية العامة للمحاكم المدنية تشمل:

١ - ولاية القضاء الكامل : والقضاء الكامل قضاء شخصي موجه الى الادارة
لمطالبتها بحق للمدعي قبلها ولا يقتصر هذا القضاء على بحث مشروعية العمل
الاداري وانما يتضمن ايضا تعديله والحكم بالتعويض عن الاضرار الناجمة عنه
وذلك لتصحيح المركز القانوني للطاعن.
اي ان دعوى التعويض هي الدعوى التي يرفعها احد الأشخاص الى القضاء
للمطالبة بتعويض ما اصابه من ضرر جراء تصرف او عمل الإدارة هي الدعوى التي
يحركها ويرفعها أصحاب الشأن من الأفراد إلى جهة القضاء الإداري وذلك للمطالبة
بالتعويض عما اصابهم من ضرر بفعل عمل الادارة ونشاطها، وكذلك المطالبة بحقوق
عقدية في مواجهة السلطات الإدارية التي أبرمت العقود معهم، وفي هذه الدعوى يتمتع
القاضي الإداري بسلطات ووظائف واسعة وكاملة.

وللقاضي الإداري إعادة الحال إلى ما كان عليه، وإعادة الحق إلى صاحبه وسلطة
التعديل وسلطة إبدال عمل بأخر.^(١) ولذلك تعد دعوى التعويض من أهم دعوى
القضاء الكامل، فقضاء الإلغاء على الرغم من أهميته المذكورة فإنه لا يضمن للأفراد
حماية كاملة فلذا كان يضمن إلغاء القرارات الإدارية المعيبة، فإنه لا يكفل للأفراد تغطية
ما يترتب عليها من أضرار طويلة مدة نفاذها، ذلك لأن رفع دعوى الإلغاء لا يوقف تنفيذ
القرار المطعون فيه، فلذا حدث وان نفذت الإدارة قراراً معيباً أُلغاه القضاء بعد ذلك، فإن
العدالة تتطلب تعويض الآثار الضارة الناشئة عنه، وبهذا تكون دعوى التعويض

١ - د محسن خليل، قضاء الإلغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٩.

مكملة لدعوى الإلغاء من هذه الناحية، فضلاً عن ذلك فإنه إذا كان قضاء الإلغاء وسيلة لمراقبة القرارات الإدارية فإنه لا ينك من إعمال الإدارة الملغية، فرقابة الإعمال المذكورة تجري من خلال دعوى التعويض^(١).

والحاكم المدنية في العراق كانت تمارس ولايتها بالنسبة للحكم بالتعويض على الهيئات الادارية بشكل مباشر وصريح عن القرارات والإعمال الملغية للإدارة على اختلاف أنواعها على وفق قواعد المسؤولية التقصيرية القائمة على اركان الخطأ والسبب والرابطة السببية بينهما، تطبيقاً لنص المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي وكذا الحال بالنسبة للعقود الادارية من خلال مساءلة الادارة على اسس قواعد المسؤولية العقدية.

ب- ولاية إلغاء أو إبطال القرارات الادارية :

وتتمثل تلك الولاية في بحث مشروعية القرارات الادارية والحكم بالغائها وإبطالها في حالة مخالفتها للقوانين، فهي الدعوى التي يرفعها أي شخص - مادامت له مصلحة - إلى القاضي الإداري، يطلب فيها إلغاء قرار إداري تنفيذه، لسبب عدم مشروعيته.

فهي الدعوى التي يطلب فيها من القاضي الإداري الحكم بعدم مشروعية قرار إداري وإلغائه وهدم أثره. وذلك يعني أن سلطة القاضي هنا محصورة في إلغاء القرار الإداري إذا ثبت عدم مشروعيته، والمطعون فيه حسب الإجراءات القانونية المقررة، دون أن يتعدى دوره إلى أكثر من ذلك فلا يمكن له إلزام الإدارة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٢)، بل حتى أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يتدخل في المنازعة الإدارية لأداء

١ - د نجيب الجبوري ود. محمد علي جواد - القضاء الاداري - بغداد - ٢٠١٠ - ص ٢٠٧.

٢ - د. سعيد الحكيم الحامي، الرقابة على اعمال الادارة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٠٦.

وظيفته من تلقاء نفسه، إنما عليه الانتظار حتى يرفع الأمر إليه عن طريق السلطة
الإدارية، وذلك لأن الدعوى الإدارية هي دعوى موضوعية، المهدف منها حماية مصلحة
المشروعية.

وقد اكدت محكمة التمييز على ذلك في العديد من أحكامها، ومن ذلك حكمها
الذي يشير إلى ولاية القضاء بالنظر في مدى مشروعية القرار الصادر من الإدارة ليس
للمحاكم ولاية القضاء على ما تصدره السلطات المختصة من قرارات إدارية على وجه
القوانين ما لم تكن هذه القرارات قد صدرت خلافاً للقانون ونشأ منها ضرر يستلزم
التعويض^(١).

ورغم التردد لدى المحاكم المدنية في استخدام مصطلح الإلغاء، إلا أنه لم يكن ثمة
من مانع يمنع المحاكم من النص في أحكامها على إلغاء القرار الإداري غير المشروع، وفي
ذلك تقول محكمة التمييز في حكمها المؤرخ في ٢٦ تموز ١٩٥٧ (ان القول بأن القضاء
لا يملك إلغاء القرار الإداري غير وارد إذ أن القضاء له الولاية العامة، وهو الحارس على
حقوق الناس إلا في المجالات الممنوعة فيها قانوناً، فلذلك إذا ثبت للقضاء أن القرار
الإداري لا سند له في القانون يدعمه ولا يوجد قانون خاص يمنعه من ممارسة اختصاصه
فيه، فله أن يصدر من الأحكام ما يعيد الحق إلى نصابه)^(٢).

ولابد من الإشارة إلى أن المحاكم المدنية كانت تبأشّر ولايتها بالإلغاء من خلال
دعوى منع المعارضة، وهي دعوى يرفعها الفرد حين يعتقد بأن قراراً إدارياً أضّر بمصلحه
ويطلب فيها منع معارضة الموظف المختص فيما يطلبه، وتفحص المحكمة القرار

١ - حكم محكمة التمييز رقم (٢٠٧/ح/١٩٥٣) مشار إليه في مؤلف الأستاذ عبد الرحمن العلام

المبادئ القضائية لمحكمة تمييز العراق - بغداد - ١٩٥٧ - ص ١١.

٢ - حكم محكمة التمييز رقم (١٤٦٤/١٩٥٧) في ٥٧/٧/٢٦ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني،
العدد الثاني ١٩٦٢ ص ١٧١ وما بعدها.

الاداري على اساس هذه الدعوى، فان تأيد لما مخالفته للقانون حكمت بمنع معارضة الموظف المختص، وبذلك لا تتمكن السلطة الادارية من تنفيذ القرار الاداري بحقه. ورغم ما تقدم فلم يكن هنالك كما اسلفنا من مائع بمنع المحاكم المدنية من الحكم بالإلغاء بشكل مباشر، او النص على اصطلاح اخر يعتبر مرادفاً في معناه لمصطلح الالغاء، كالإبطال او الفسخ او النقص، ومع ذلك فللإلحاق ان المحاكم العراقية وبكافة درجاتها كانت لا تذكر في احكامها كلمة الالغاء وان كانت كل منها تصل بشكل غير مباشر الى الحكم بالالغاء وترتيب انلوه.

• الاستثناءات الواردة على الولاية العامة.

التشريع العراقي اورد كغيره استثناءات كثيرة على الولاية العامة للقضاء، وذلك بالنص في قوانين وقرارات متفرقة على استبعاد الكثير من المنازعات الإدارية الناشئة عن تطبيقها من ولاية القضاء بعبارة مختلفة، وإناطة الفصل فيها إلى جهات أخرى ينشئها لهذا الغرض. لينتقص من الولاية العامة للقضاء العراقي ويقيد من اختصاصه العام تقييداً يكاد أن يكون شاملاً ويجعل منه الولاية العامة هي الاستثناء.

وتظهر هذه الاستثناءات بالصور التالية :

أ - منع المحاكم بشكل كامل من النظر في بعض المنازعات الادارية.

وفي هذا النوع من الاستثناءات هنالك نصوص قانونية منعت المحاكم من سماع أو نظر الدعاوى الناشئة عنها من دون تحديد جهة بديلة للنظر فيها. وما على المتضرر غير اللجوء إلى التظلمات الإدارية (الولاية منها أو الرئاسية)^(١) ومن أمثلة ذلك الدعاوى الناشئة عن تنفيذ قانون ضريبة الأرض الزراعية،^(٢) والدعاوى المتعلقة

^١ - انظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - الرقابة القضائية على أعمال الإدارة - مرجع سابق - ص ١٧٣.

^٢ - أنظر المادة (٢٢) من قانون ضريبة الأرض الزراعية رقم ٦١ لسنة ١٩٦١. منشور في الموسوعة القانونية العراقية - المجلد الثالث - الدار العربية للموسوعات - بيروت - لبنان - ص ١٨٥٩.

بالإجراءات والعقوبات الناشئة عن تنفيذ قانون المطبوعات^(١) والدعاوى الناشئة من تطبيق احكام قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٣^(٢) والدعاوى المتعلقة بتسوية العقارات المستأجرة لأغراض حكومية^(٣) وغيرها.

ب - منع المحاكم من النظر في بعض المنازعات الادارية مع النص على تشكيل لجان او مجالس ادارية للنظر فيها.

ومن أمثلة ذلك ما نص عليه قانون الخدمة المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٠، في المادة (٥٩) منه على أن " لا تسمع في المحاكم الدعاوى التي يقيمها على الحكومة الموظف او المستخدم الذي يدعي بحقوق نشأت له من هذا القانون ... بل يكون البت في مثل هذه القضايا وما يتفرع عنها في مجلس الانضباط العام"^(٤).

الدعاوى المتعلقة بالعلاقات الزراعية. حيث عهد النظر فيها إلى لجان نص على تشكيلها للفصل في الاعتراضات وتكون قراراتها الصادرة بشأن ذلك نهائية عند

١ - انظر المادة (١٤) من قانون المطبوعات رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٣، وكذلك المادة (٧) من قانون المطبوعات رقم (٢٠٦) لسنة ١٩٦٨

٢ - انظر نص قرار مجلس قيادة الثورة (الملغى) رقم (٤١٣) في ١٥/٤/١٩٧٥. جله فيه (تمنع المحاكم من النظر في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام قانون الجنسية العراقية ، ويجوز الاعتراض على قرارات وزارة الداخلية في تطبيق احكام هذا القانون لدى السيد رئيس الجمهورية ويكون قراره بهذا الشأن قطعياً) انظر د ماهر صالح الجبوري - القرار الاداري - مرجع سابق - ص ١٧٨ .

٣ - أنظر قرار مجلس قيادة الثورة (الملغى) رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٦. وانظر في التطبيق القضائي لذلك قرار الهيئه العامه لمجلس شورى الدوله رقم ١٧ / هيئه قضائي ١٩٧٦ .

٤ - غير ان منع المحاكم من النظر في المنازعات الناشئة عن قانون الخدمة المدنية ليس مطلقاً، فقد اورد القانون استثناء على ذلك في المادة (٦١) منه التي اناطت النظر في الاعتراض على قرار الوزير المختص بتضمين الموظف قيمة الاضرار التي كبدتها للخزينة العامة لدى المحاكم المدنية خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه.

القرارات الخاصة بأنهاء العلاقة الزراعية التي يجب أن يصفق عليها وزير الإصلاح الزراعي لتصبح نهائية.^(٣)

الدعوى التي تتعلق بتقدير الضريبة وفرضها وجبايتها أو أية معللة أجريت وفق أحكام القانون^(٤) وللمكلف الحق في الاعتراض خطياً بعد تبليغه بالدخول المقدّر والضريبة المترتب عليه لدى السلطة المالية التي بلغته بالتقدير أو أية دائرة من دوائر الهيئة العامة للضرائب خلال ٢١ يوماً من تاريخ تبليغه، وله الحق في حالة رفض اعتراضه أن يستأنف قرار السلطة المالية لدى "لجنة التدقيق" وتكون القرارات الصادرة من لجان التدقيق قطعية.

١ - أنظر المادة (٣٣) من قانون الإصلاح الزراعي لسنة ١٩٧٠. ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن. أنظر قرار محكمة القضاة الإداري رقم ٧١/إداري/١٩٩٠ الصادر في ١٢/١٢/١٩٩٠ قررت رد دعوى المدعي إذ إن الطعن يقع خارج اختصاص المحكمة طالما أن القرار المطعون فيه له مرجع للطعن استناداً للمادة (٢٧) من قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ وقد صلق القرار من قبل الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة بقرارها رقم ٣/إداري/تميز ١٩٩١ في ١٣/٧/١٩٩١.

٢ - أنظر المادة (٥٥) من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢. هذا وقد صدر تعديل للقانون المذكور بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٩٤ التي أجازت للسلطة المالية والمكلف الاعتراض على مبالغ الضريبة لدى هيئة تميز به خاصة. (منشور في جريدة الوقائع العراقية ٣٥٣٠ في ٣/١٠/١٩٩٤).

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن أنظر قرار محكمة القضاة الإداري رقم ١٠/قضاة إداري/١٩٩١ الصادر في ١٨/٧/١٩٩١ والذي قررت فيه رد الدعوى كون قرار هيئة الضرائب له طرق طعن خاصة نص عليها قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ المعدل فتصبح المحكمة ممنوعة من النظر بالدعوى استناداً لأحكام الفقرة (د) من المادة (٧) من قانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ وقرار الهيئة العامة في مجلس شورى الدولة رقم ٢٣/إداري/تميز ١٩٩١ في ٧/٧/١٩٩١.

ولا بد من الإشارة الى ان هنالك نوعا اخر من الاستثناءات غير متفق عليه قطعا وهو الاستثناء الذي اشارت اليه نصوص قانونية تنشيء لجنا ادارية للنظر في بعض النزاعات ابتداء على ان يكون لذوي العلاقة حق الطعن في قرارات هذه اللجان امام محكمة التمييز.

ومن امثلة ذلك ما قضت به المادة ١٣ من قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٥٥ بحق الجمعية الاعتراض على قرار المحافظ بالاعتراض على تأسيس فرع للجمعية في المحافظات لدى الهيئة العامة لمحكمة التمييز خلال ١٥ يوم من تاريخ الاعتراض وبعد تقرير الهيئة قطعياً^(١).

وما قضت به المادة التاسعة من قانون التقاعد المدني رقم ٣٣ لسنة ١٩٦٦ من تشكيل مجلس تدقيق قضايا المتقاعدين ليكون الجهة التي تنظر في الاعتراضات المقدمة من ذوي العلاقة على اي قرار يصدره بحقهم الوزير او رئيس الدائرة المختص او مدير التقاعد فيما له علاقه بالتقاعد كما اجاز القانون لذوي العلاقة الطعن في قرارات مجلس التدقيق لدى ((محكمة التمييز)) ويكون قرار المحكمة الصادر قطعياً.

وكذلك ما نصت عليه اغلب قوانين النقابات المهنية في العراق^(٢) من تشكيل ((لجنة انضباطية من اعضاء النقابة نفسها لمحاكمة اعضائها من الذين يرتكبون مخالفات لقواعد ممارسة المهنة او مخالفة احكام القوانين المنشئة او المنظمة لهذه النقابات وفرض العقوبات الانضباطية والتأديبية المنصوص عليها في هذه القوانين على ان يكون من حق من فرضت عليه العقوبة وذوي العلاقة الاخرين الطعن في قرار اللجان الانضباطية هذه لدى محكمة التمييز)) خلال المدة التي حددها القانون.

- ١- ألغى القانون المذكور بقانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠ (قانون الجمعيات) الذي جعل الاعتراض على القرار امام وزير الداخلية خلال ٣٠ يوما من تاريخ التبليغ ويكون قراره بهذا الشأن باتا. انظر دغازي فيصل - الجديد في التشريع العراقي - مجلة الحقوق - صدام سابقا - المجلد الرابع - عام ٢٠٠٠ ص ٢٢٠ وكذلك قانون التقاعد العسكري رقم (١) لسنة ١٩٧٥ (المادة ١٨٠).
- ٢- من ذلك مثلاً قانون نقابة المحامين رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ وقانون نقابة الصحفيين رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٩ وقانون نقابة اطباء رقم ٨١ لسنة ١٩٨٤ وقانون نقابة المهندسين رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ وقانون نقابة المحاسبين والمدققين رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦٩ وقانون اطباء الاسنان رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ ورقم ٤٦ لسنة ١٩٨٧.

ويرى البعض ان هذه النصوص التشريعية تنسب استثناء على الولاية العامة للقضاء ولو ان النزاع سيؤول في النهاية الى القضاء ليقول كلمته فيه فعمل هذه النصوص تشكل استثناء على الاصل العام وان كان اخف وطأة من الاستثناءات السابقة التي تؤدي الى حل النزاع نهائياً بمعزل عن القضاء ووجه الاستثناء في حالة هذه النصوص هو ان الاصل العام في التقاضي امام المحاكم يجب ان يتم على درجتين لتوفير الضمانات اللازمة للمتقاضين وان هذه النصوص تسلب من المتقاضين درجة من درجات التقاضي امام المحاكم.^(١)

ونرى أن جميع النصوص التشريعية التي وضعت استثناءات على الولاية العامة للقضاء العالي من حيث الاصل. الا اننا لا نميل إلى كونها بأنها تعد اخف وطأة بالمعنى القضائي من الاستثناءات السابقة فجميعها ذات طبيعة واحدة وتمثل صورة سلبية لحقوق التقاضي واصوله المتبعة ودرجاته المقررة قانوناً، وان القول بأن هذه النصوص تسلب من المتقاضين درجة واحدة من درجات التقاضي ربما يكون غير دقيق لكونها في حقيقة الامر تسلب كل التقاضي اساساً، لان الطعن لدى محكمة التمييز لا يشكل في هذه الحالة درجة من التقاضي الفعلي، ولا يعطي الحق للمتقاضين بالترافع او ابداء دفوع او تقديم مستمسكات او بيانات جديدة، فهي مجرد مرحلة لتدقيق اوراق الدفوع والدفوع القانونية المقدمة في المرحلة او المرحلتين السابقة من التقاضي قبل الطعن تمييزاً في الدفوع، كما وان القرار التمييزي الصادر في ضوء الاعتراض يعتمد اساساً في تعليله ونتيجته على ما قدم من دفوع ومستمسكات قانونية في المرحلة السابقة لمرحلة التمييز مما يعني ان اي تقصير او عجز او حتى سهو في اية مرحلة من التقاضي السابق سيؤثر بالتأكيد سلباً على نتيجة القرار التمييزي.

^١ - أنظر د عصام عبد الوهاب البرزنجي - الرقابة القضائية على اعمال الادارة في العراق - مرجع سابق - ص ٨١.

ثانياً - ولاية محكمة القضاء الإداري في المنازعات الإدارية.

اسلفنا ان قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ استحدث لأول مرة قضاء إدارياً مستقلاً بعد انتظار طويل من الفقه لولاة من القضاء الذي جاء بحق تنويعاً لما بذله من الجهود القضائية والجادة وما قلته من التشاؤم المناسبة لإنشاء هذا القضاء أسوة بغيره من الأقضية الإدارية في الدول الأخرى ولما من حيث أنهى القضاء الإداري المقارن وما استقر عليه من ميلين قانونية ولما استجابت له التشريعات الدستورية المتلاحقة.

وبرغم انتقال العراق بهذا الحدث من النظام القضائي العلي (المدني) إلى النظام القضائي المزدوج الذي أقر غالبية الفقه العام بمزاياه ودوره الواضح في تحقيق مبدأ المشروعية وترسيخ أسس العدالة وضمن حقوق وحرية الأفراد في هذا المجال الحيوي من النشاط الإداري وبما يحقق التوازن اللازم بين المصلح العليا والمصلحة الخاصة، إلا ان الاختصاصات التي انيطت بالمحكمة كان دون الحد الأدنى المتوقع منها من جهة ، وكانت الاستثناءات التي وضعها القانون عديدة كادت ان تصبح هي القاعدة العامة واختصاص محكمة القضاء الإداري هي الاستثناء.

لما تقدم سنحاول في هذا المطلب بيان كل من اختصاصات محكمة القضاء الإداري والاستثناءات الواردة على هذا الاختصاص وكما سيأتي:

• اختصاصات محكمة القضاء الإداري.

تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي بعد نفاذ هذا القانون التي لم يُعَيَّن مرجع للطعن فيها ، بناء على طعن من ذي مصلحة معلومة وحالة ممكنة ، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي أن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بنبي الشأن.^(١)

١ - المادة (٧-ثانياً - د) من القانون.

بعبارة أخرى حصر المشرع العراقي اختصاص محكمة القضاء الإداري في رقابة مشروعية الأوامر والقرارات التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يتعين مرجع للطعن فيها إذا كانت مخالفة للقانون بجميع مظاهرها^(١) وبما يتعلق بإلغائها أو التعويض عنها^(٢).

والملاحظ أن المشرع العراقي قد اتجه في تحديد اختصاص محكمة القضاء الإداري على سبيل الحصر وبذلك نجد أن هناك منازعات قد خرجت من اختصاص القضاء الإداري، وإن كانت الإدارة طرفاً فيها. ولا جدال أن اختصاص محكمة القضاء الإداري كما حددته المادة السابعة اختصاص محدود ومتواضع.

١ - ويعد من أسباب الطعن بوجه خاص ما يأتي:

١. أن يتضمن القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الانظمة أو التعليمات (٢).
٢. أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيماً في شكله.
٣. أن يتضمن الأمر أو القرار، خطأ في تطبيق القوانين أو الانظمة أو التعليمات أو في تفسيرها أو فيه اسلة أو تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات والأوامر التي يجوز الطعن فيها رفض أو امتناع الموظفين أو الهيئات في الدوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار أو امر كان من الواجب عليها اتخاذه قانوناً. المادة (٧-ثانياً-هـ) من قانون مجلس شوري الدولة.

- ٢ - يلاحظ هنا إن ولاية محكمة القضاء الإداري بالتعويض مقتصرة فقط على طلبات التعويض المرفوعة إلى المحكمة بصفة تبعية لطلبات الإلغاء أما طلبات التعويض بصفة أصلية فلا تختص بها محكمة القضاء الإداري بل محاكم القضاء العادي خلافاً للأصل الذي يوجب أن تختص بها محاكم القضاء الإداري دون غيره سواء رفعت الدعوى بصفة تبعية لدعوى الإلغاء أو بصفة أصلية حتى بعد انتهاء ميعاد دعوى الإلغاء. انظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس شوري الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية - المجلد التاسع - العدد الأول والثاني ١٩٩٠ ص ١٥٢ - ١٥٤.

وما تجد الإشارة إليه أن المنازعات التي تعرض على محكمة القضاء الإداري ذات طبيعة خاصة. وهذه الطبيعة تقتضي أن تعالج بحلول موضوعية وأجرائية تختلف عن تلك التي يعالجها القانون الخاص، إلا أن قانون مجلس شورى رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ لم يتضمن قواعد إجرائية خاصة بالمنازعات الإدارية على نحو ما عليه الحال في دول القضاء المزدوج وكل ما في الأمر أن المشرع قد اكتفى ببعض النصوص لبيان ثمة إجراءات يجب اتباعها قبل واثاء نظر المنازعة الإدارية، بينما جعل قانون المرافعات المدنية المكمل لما لم يرد به نص في القانون المذكور، وهذا يعد نقصاً في التشريع، مما يوجب إصدار قانون خاص بإجراءات نظر المنازعات الإدارية أسوة بالدول الأخرى كفرنسا ومصر.^(١)

أذا لم يرد سوى النص في المادة (٧/ ثانياً - ب) على اشتراط التظلم المسبق لدى جهة الإدارة المختصة قبل رفع الأمر إلى محكمة القضاء الإداري، وفيما عدا ذلك إحالة إلى قانون المرافعات المدنية بشأن الإجراءات غير المنصوص عليها في هذا القانون، مما يعني ذلك أن إجراءات التقاضي أمام محكمة القضاء الإداري لا تختلف عن إجراءات التقاضي أمام المحاكم البدائية اللهم إلا ما يتعلق بما نص عليه المشرع في الفقرة (و) من القانون، مع احترام مدة الطعن في القرار أمام محكمة القضاء الإداري وهي مدة الستين يوماً اللازمة للطعن.^(٢)

- ١ - ومن أحكام المحكمة العليا في مصر بهذا الشأن (أن روابط القانون الخاص تختلف في طبيعتها عن روابط القانون العام إلا إذا أوجد نص خاص يقضي بذلك، فإن لم يوجد فلا يلتزم القضاء الإداري بتطبيق القواعد المدنية حتماً وكما هي، وإنما تكون له حريته واستقلاله في ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون العام، بين الإدارة في قيلمها على المرفق العام وبين الأفراد فله أن يطبق من القواعد المدنية ما يتلاءم معها، وله أن يطرحها أن كانت غير متلائمة معها وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم ومن هنا يفرق القانون الإداري عن القانون المدني في أنه ليس مجرد قضاء تطبيقي وإنما هو قضاء إنشائي).
- ٢ - أنظر د عصام عبد الوهاب البرزنجي - مرجع سابق - ص ١٣٨ ، د فاروق أحمد الخماس - مرجع سابق - ص ٢٣٥ وما بعدها.

ولابد من الإشارة الى ان محكمة القضاء الإداري قد حاولت في بداية إنشائها وباجتهاد شجاع وجريء مد نطلق اختصاصها ابعاد مما حلفه النص، حيث قضت في احد احكامها إن (المنع من سماع الدعوى الذي يرد في النصوص القانونية السابقة على تاريخ صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ غير وارد ولا يفيد اختصاص المحكمة، إذ أن القانون ١٠٦ قد حلد في المادة (٧) الفقرة خامسا الحالات التي منعت المحكمة من النظر في الطعون الموجهة إلى القرارات المخلدة فيها) ولم يرد في قانون مجلس شوري الدولة المعدل قيد يمنع هذه المحكمة من سماع الدعوى سوى ما ورد في خامسا من المادة (٧) من القانون المذكور^(١).

وفي قرار آخر لمحكمة القضاء الإداري بسطت المحكمة ولايتها على الرغم من وجود المانع وذهبت إلى ((إلغاء أمر ترقين قيد المدعي والسماح له بمواصلة الدراسة في المعهد، حيث انه لم يكن ممنوعا من الالتحاق بالمعسكر بمحض اختياره وانما لقوة قاهرة لوجوده في المستشفى، أي إن عدم التحاقه كان لعذر مشروع وفق الفقرة (٢) من قرار مجلس قيادة الثورة الملغى رقم (٤٢٠) لسنة ١٩٨٧...)).^(٢)

ومع إن رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات والأوامر الإدارية الصادرة من السلطات الإدارية تعد رقابة حيوية لما تتضمنه من تجسيد لمبدأ المشروعية ومفهوم الدولة القانونية إلا أن هذا النص قد تعرض إلى جانب من انتقاد الفقه العراقي^(٣).

١ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٤٨/ قضه إداري / ١٩٩٠ في ٢٩ / ٩ / ١٩٩٠، إلا أن الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة قد نقضت هذا القرار بقرارها رقم ١٩ / إداري تمييز / ١٩٩٠ في ٢٨ / ١٠ / ١٩٩٠.

٢ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٨٩ / قضه إداري / ١٩٩٠ في ٢٠ / ١٠ / ١٩٩٠، وقد صدق هذا القرار من قبل الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة بقرارها رقم ٣٩ / إدارية تمييز / ١٩٩٠ في ١٩ / ١٢ / ١٩٩٠. انظر د عبد المطلب الهاشمي - مرجع سابق - ص ١٥٣ - ١٥٤.

٣ - د فاروق أحمد خماس - محكمة القضاء الإداري في ضوء صدور القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ - مرجع سابق - ص ٢٣٠ - ٢٣٣.

للمختصاص محكمة القضاء الإداري جاء محدوداً لأن المشرع العراقي قد قصر اختصاصها على جانب معين من المنازعات الإدارية المتعلقة بالأوامر والقرارات الإدارية من دون أن يمتد إلى الجوانب الأخرى من المنازعات الإدارية وما يترتب عليها من احتمالات النزاع التي يتطلب حسمها قواعد وقضاء خاص^(١) ولا تشكل الأوامر والقرارات الإدارية سوى نوع واحد مميز بوصفه من الأعمال المتعلقة بعلاقة الإدارة بالأفراد فالمحكمة لا تنظر على سبيل المثال في منازعات العقود الإدارية^(٢) والمنازعات المتعلقة بالأعمال المالية للإدارة.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في العديد من قراراتها ومنها قرارها الذي جاء فيه (أن هذه المحكمة لا تنظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود سواء أكانت عقوداً إدارية أو مدنية)^(٣) كما ذهبت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة في هذا الاتجاه بقولها "حيث أن الملحق (٧ / ثانياً - أ) من قانون مجلس شورى الدولة قد حددت اختصاص محكمة القضاء الإداري وليس من بينها تفسير العقود الإدارية وحيث أن محكمة القضاء الإداري لم تلتزم بوجهة النظر القانونية هذه قرر نقض القرار المميز".^(٤)

- ١ - للتفصيل في احتمالات النزاع وأساليب حسمها انظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري وحسم أشكال النزاع بينها بحث منشور في مجلة بيت الحكمة - سلسلة المائدة الحرة (٤٠) - مرجع سابق ص ٥ وما بعدها.
- ٢ - يرى د. شاب توما منصور بأن أغلب العقود الإدارية في العراق لها أحكام قانونية خاصة تنظمها وهي مؤطره في نطاق القانون الإداري. إلا أن اختصاص النظر فيها يقع ضمن ولاية القضاء العادي. أنظر مؤلفه - القانون الإداري - الكتاب الثاني - ١٩٨٠ - ص ٤٤٨ - ٤٤٩.
- ٣ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٦٠/قضاء إداري/ ١٩٩٠ في ٢٦/٩/ ١٩٩٠.
- ٤ - قرار الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية رقم ٨٥/إداري تمييز/ ١٤ في ١٤/٩/ ١٩٩٤.

فالشرع حصر اختصاص القضاء الإداري على النظر في الطعون الموجهة للقرارات الصادرة بالإلزام المنفردة^(١) وهي (الأوامر والقرارات الإدارية) ومفهوم المخالفة لظاهر النص يعني أن الأعمال القانونية التي تصدر بأرادتين أو أكثر في العقود الإدارية لا تدخل في اختصاص المحكمة الجديدة، رغم كونها من الأعمال القانونية للإدارة. ونميل - مؤيدين في ذلك الفقه العراقي - إلى توسيع اختصاص محكمة القضاء الإداري ليشمل النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية أسوة بما سبقه لذلك من دول القضاء الإداري المقارنة وأرساء القواعد القانونية لهذا الجانب المهم من الاختصاص لما لهذه العقود من خصائص تختلف بها عن العقود العادية وتبرم وفقاً لقواعد القانون العام.

١ - ومن الجدير بالذكر بأن الأعمال التحضيرية والطلبات تخرج عن اختصاص محكمة القضاء الإداري وذلك كونها أعمالاً تحضيرية واجراءات تسبق القرار النهائي ومن تطبيقات محكمة القضاء الإداري بهذا الشأن قرارها المؤرخ في ١٩٩٠/٩/٢٩ اذ تلخص وقائع القضية في أن وزارة الزراعة والري كانت قد قدمت طلباً بكتابها المرقم ٤٧٣ في ١٩٩٠/٢/٢١ بإلغاء الحقوق التصرفية في القطع المرقمة ١/١٠، ٤/١٠، ٨/١٠، ١٠/١٠، ١٢/١٠ مقاطعة ١٢ الدغيلة الداخلية في قضاء الشامية في محافظة القادسية ووفقاً لأحكام قانون توحيد أصناف أراضي الدولة رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٦، فأقام شخصان الدعوى أمام القضاء الإداري بطلب الزام وزير الزراعة والري إضافة لوظيفته الذي طلب فيه اطفاء حق التصرف في القطع البديلة وبنتيجة المرافعة قررت محكمة القضاء الإداري وبعدد أضراب ٥٧/قضاء إداري/ ١٩٩٠ رد الدعوى لكون الأمر المطعون به ليس أمراً أو قراراً إدارياً وإنما هو طلب يخضع إلى تقدير لجنة اطفاء وتعديل الحقوق التصرفية في محافظة القادسية وقد صدق القرار من قبل الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة. أشار إليه د عصام عبد الوهاب البرزنجي - توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري - مرجع سابق ص ٤٠.

هذا وبعد أن بين القانون نطق اختصاص محكمة القضاء الإداري على هذا النوع، نص على الأحكام التي تستطيع المحكمة إصدارها وهي تفصل في الطعن المقدم إليها في صحة الأوامر والقرارات التي تختص بها، وهذه الأحكام هي: (١).

١. رد الطعن: يجوز للمحكمة رد الطعن إذا كان الطعن لم يستوف الشروط الواجب توافرها في اقلية الدعوى، كمرور مدة الطعن في القرار الإداري، أو عدم وجود مصلحة لدى الطاعن.

٢. تعديل الأمر أو القرار المطعون به: للمحكمة الحق في تعديل القرار المطعون فيه، ويراد بذلك إلغاء جزء من القرار، ويظهر التعديل أكثر وضوحاً عندما تستخدم الإدارة سلطتها التقديرية في إصدار القرار. وتظهر حالة عدم التناسب بين السبب ومحل القرار الإداري وهذا يعني رقابة عنصر الملاءمة في القرار الإداري. ولعل ولاية المحكمة بتعديل الأمر أو القرار المطعون به تعد سابقة تسجل للمشروع العراقي، فإذا كان القضاء الإداري المصري، ونظيره الفرنسي ومنذ عقود يكتفيان بإلغاء القرار الإداري، من الالتزام الحرفي بما جاء في حدود سلطة القاضي الإداري المتمثلة بإلغاء القرار الإداري المعيب من دون أي إجراء آخر. (٢).

١ - د عصام عبد الوهاب البرزنجي - توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري - مرجع سابق ص ٤٠.

٢ - تشير إلى أن المشرع الفرنسي أصدر القانون رقم (١٢٥) لعام ١٩٩٥ في ٨/فبراير/١٩٩٥ بشأن تنظيم الهيئات القضائية والمرافعات المدنية، والإجراءات الجنائية والإدارية، معترفاً للقاضي الإداري بسلطة إصدار أوامر للإدارة لاتخاذ ما يراه مناسباً لتنفيذ ما يصدره من أحكام، وبذلك تبدأ دعوى الإلغاء في فرنسا مرحلة جديدة تطوي معها صفحة من ماضٍ حلت أفكاره الغابرة من أثرها في حماية حقوق المتقاضين من معاملة الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية، لمزيد من التفاصيل راجع د. محمد باهي أبو يونس: الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - سنة ٢٠٠٠ ص ٢٦٢.

فقد سبق للقاضي الإداري في العراق أن تجاوز حدود سلطاته إلى أبعد من الحكم بالغاء القرار الإداري المعيب بل تعداه إلى اصدار اوامر صريحة إلى الإدارة لتنفيذ الأحكام التي يصدرها فضلاً عن ضمان حق المدعى الذي صادرت الإدارة، ففي أحد القرارات الصادرة عن محكمة القضاء الاداري، وفي نطق الرقابة على الموازنة بين المنافع والاضرار جاء " إلغاء معارضة المدعى عليه محافظ ديالى اضافة لوظيفته في تأجير المساحة أنفه الذكر للمدعي والزامه بمنح الاجازة للمدعي في إنشاء المشاريع المطلوبة وهي مظلة ومخزن مبرد لحفظ الاسمعة الكيماوية...." (١).

وكذلك جاء في قرار اخر " الحكم بالغاء قرار فرض الضريبة والزام المدعى عليهما إضافة لوظيفتهما بشمول العقارين موضوعي الدعوى بالاعفاء من ضريبة العقار للمدة المخلدة بالقانون رقم ١١٥ لعام ٩٨٢ ... " (٢).

٣. إلغاء الأمر أو القرار المطعون به: يكون للمحكمة الغاء القرار المطعون فيه اذا ثبت امامها ان القرار معيب بأحد عيوب المشروعية . كأن يكون القرار معيأ بعيب عدم الاختصاص، او عيب الشكل او عيب الحل، او عيب الغاية، او عيب السبب. هذا وقد يأتي الإلغاء على كامل القرار الاداري او جزء منه ومن النتائج التي تترتب على الإلغاء، هو ان يكون له اثر عام ولا يقتصر على اطراف الدعوى، ويزيل القرار الاداري بأثر رجعي .

٤. الحكم بالتعويض أن كان له مقتضى: لقد منح المشرع المحكمة صلاحية الحكم بالتعويض ان كان له مقتضى بناء على طلب المدعي، وفي ذلك اشترط المشرع ان لا يكون هناك حكمٌ بالتعويض الا اذا اثبت صاحب الشأن ان هناك ضرراً حقيقياً اصابه بسبب القرار غير المشروع الصادر عن الادارة . وهذا يعني ان دعوى التعويض لا ترد الا نتيجة لقرار اداري غير مشروع من دون الاعمال المادية للادارة .

١ - قرار محكمة القضاء الاداري رقم ٩٤/تضله اداري/٩٩٠ في ١٠/١١/١٩٩١

٢ - قرارها المرقم ٥/تضله اداري/٩٧ في ١٦/١١/١٩٩١

• الاستثناءات الواردة على اختصاص المحكمة.

اسلفنا انه على الرغم من انتقال العراق بصدور قانون ١٠٦ لسنة ١٩٦٩ من النظام القضائي العلي (المدني) إلى النظام القضائي المزدوج ، مما كان يقتضي على المشرع العراقي أن يعكس كل ذلك في إقامة القضاء الإداري ابتداء على أسس سليمة وممتينة في كافة جوانب ومتطلبات هذا الانشاء الحديث وخاصة منها ما يتعلق بمنحه الولاية العامة للفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية كافة من دون أي استثناء على وفق ما استقر عليه القضاء والفقه المقارن. وإلغاء كافة النصوص التشريعية المانعة من ممارسة القضاء الإداري لاختصاصه، بل حظر تحصيل أي قرار إداري من الطعن بنص في الدستور.

غير انه ولأسباب مختلفة المقاصد بقيت تلك النصوص نافذة بحكم المادة (٧/ خامساً -ج) من قانون مجلس شوري الدولة المعدل، بل أضاف لها المشرع العراقي المزيد من التشريعات (قوانين وقرارات) التي تمنع وبشكل كبير رقابة القضاء الإداري إلى جانب ما هو قائم اصلاً، ليكون هذا القضاء يتيماً في اختصاصاته منذ الولادة ومقيداً بما حوله من النصوص الاستثنائية الكثيرة التي حجمت نشاطه القضائي وكأنا أريد به أن لا يكون ابتداءً.

وقد اخرج المشرع من اختصاص محكمة القضاء الإداري النظر في الطعون المتعلقة بما يأتي^(١):

أ- أعمال السيالة ، وتعتبر من أعمال السيادة المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية.

منع المشرع صراحة محكمة القضاء الاداري من النظر في المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة وفق وصفها العام الذي استقر عليه الفقه والقضاء الاداري المقارن.

١ - المادة (٧-خامساً) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٩.

وبوصفها الخاص المحدد (بالمراسيم والقرارات)،^(١) في حين كان يفترض أن يترك المشرع العراقي لمحكمة القضاء الإداري الحرية في تقرير وتكييف صفة أعمال السيادة وفقاً للمعيار الذي تراه المحكمة في تمييزها لأعمال السيادة عن غيرها من الأعمال الإدارية، وهو بهذا المسار يكون قد أتبع أحدث المعايير المتبعة في القضاء الإداري الفرنسي والمصري.

ويؤكد هذا النظر ما كانت قد ذهبت إليه محكمة التمييز في قرارها الصادر برقم ٣٩/هيئة العامة/ ١٩٩٢، الصادر في الطعن التمييزي المقدم من وزير الدفاع - إضافة لوضيافته في القرار الصادر من محكمة بداءة كركوك " ... أن الفعل الذي قلعت به السلطة يعتبر من أعمال السيادة ولا يكيف بصورة أخرى لذا يتضح أن محكمة الموضوع قد أخطأت التكييف القانوني... ولما تقدم تقرر نقض الحكم المميز".^(٢)

هذا وأن أعتبر (المراسيم والقرارات) التي يصدرها رئيس الجمهورية من أعمال السيادة وبالتالي أبعادها عن اختصاص القضاء الإداري كان موضع انتقادات كثيرة لدى جانب من الفقه العراقي، فمن ناحية أن أيراد أمثلة لأعمال السيادة ليس من عمل المشرع وإنما هو من عمل الفقيه فضلاً عن تقييد عمل القاضي بالنصوص يمنح الفرصة للسلطة التنفيذية أن تتوسع في العمل ويزيد من حالات اللجوء إليها ومن ناحية أخرى أن إضفاء المشرع صفة أعمال السيادة على جميع المراسيم والقرارات التي

^١ - نصت الفقرة (ب) من المادة (٥٧) من دستور جمهورية العراق الصادر في ١٦ تموز ١٩٧٠ وتعديلاته " يصدر رئيس الجمهورية المراسيم اللازمة لممارسة اختصاصاته المنصوص عليها في هذا الدستور"، وقد حددت المادة (٥٨) من الدستور الصلاحيات التي يمارسها رئيس الجمهورية مباشرة (الفقرات من أ - ك). كما نصت الفقرة (ج) من المادة (٥٧) أعلاه بأن " لرئيس الجمهورية عند الاقتضاء إصدار قرارات لها قوة القانون.

^٢ - أنظر وقائع القضية دعلى حسين الفهداوي - مجلس الوزراء في دساتير العراق في العهد الجمهوري - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٩٧ - ص ١٤٩ -

يصدرها رئيس الجمهورية أمر منتقد كونه يؤدي الى استبعاد البعض من تلك المراسيم والقرارات التي قد لا تنصف بصفة السيادة من الطعن القضائي اذ ليس حتمياً ان يتصف جميعها بهذا الوصف خاصة وان لرئيس الجمهورية سلطات واسعة ومتابعات يومية لكافة الانشطة في الدولة مما قد ينتج منها اصدار كثير من القرارات ذات الطبيعة الادارية البحتة ولا ينطبق عليها وصف السيادة وتخضع بالتالي الى الطعن القضائي امام محكمة القضاء الاداري وهذا يعني ان المشرع العراقي اتجه نحو توسيع نطاق أعمال السيادة على عكس ما أستقر عليه الفقه والقضاء المقارن الذي يميل الى التضييق منها كلما كان ذلك ممكناً^(١)

ب- القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية.

الى جانب مجموعة أعمال السيادة التي أستبعد المشرع العراقي من اختصاص محكمة القضاء الاداري وأضاف صفة السيادة على القرارات والمراسيم التي يصدرها رئيس الجمهورية وتوسيعاً لدائرة المنع أستبعد المشرع مجموعة أخرى كبيرة من القرارات الإدارية عن اختصاص محكمة القضاء في بسط رقابتها عليها تلك هي القرارات التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية.

وإذا كان المشرع العراقي قد أنفرد بهذا الموقف فإن ذلك ليس بجديد عليه في سياسته القضائية العامة المتسمة بالتضييق المستمر من الولاية العامة للقضاء العراقي من قبل استحداث القضاء الاداري ومن بعده مع أنه لا يخدم برأينا حتى الهدف أو الغرض الذي يستهدفه المشرع من هذا التحصين وكان من الأنسب أن يترك المشرع ذلك الى جهة القضاء فهو الأدرى والأقرب الى تقدير وتقييم ما يجب استبعاده. لمثل هذه

١ - أنظر د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس شوري الدولة - ميلاد القضاء الاداري - مرجع سابق - ص ١٥٤.

القرارات من رقابة إن كان لذلك موجباً. ولنا تخيل مدى حجم هذه المشكلة في حالة إدعاء الإدارة بأن قراراتها قد جاءت تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية خلال زيارته الميدانية وأشرافه على أعمالها خاصة، وأن الكثير من هذه القرارات لا تعدو عن كونها قرارات تنفيذية تصدر عن هيئات إدارية قد تقع في خطأ تفسير أو تكييف التوجيه الصادر من رئيس الجمهورية خلافاً لجوهره وقصده الحقيقي، ويكون النص المانع حائلاً من التصلي لهذه القرارات أمام القضاء، بل قد تسيء بقرارها تنفيذ التوجيه بما يجعل متخذة مسؤولاً مسؤولية مزدوجة، واحدة عن أساءة تنفيذ التوجيه والأخرى عن لا مشروعية القرار الذي اتخذته.^(١)

ولابد من الإشارة الى انه قد كان هنالك اعتقاد خاطئ بأن كل القرارات الصادرة عن ديوان الرئاسة تكون مشمولة بالنص السابق، وهذا ما حصل فعلاً في التكييف الذي ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري في قرارها الصادر في مجل ردعا لدعوى المدعين بأعتبار أن المدعي قد اتخذ قرار فسخ العقد وإعادة التأجير وفقاً للقوانين المعمول بها تنفيذاً للأمر الصادر من ديوان رئاسة الجمهورية كونه صادراً من جهة عليا لا تستطيع دائرة المدعى عليه مخالفته بإعتبار أن القرارات التي تصدر عن تلك الجهات تتم بناء على توجيهات رئيس الجمهورية حسب الاختصاصات الممنوحة له بموجب القانون وبأعتبار أن محكمة القضاء الإداري غير مختصة بالنظر في القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية طبقاً لمنطوق الفقرة (ب) - خامساً - مادة (٧) من قانون مجلس شوري الدولة المعدل.^(٢)

١ - لمزيد من التفاصيل راجع د. فاروق أحمد خماس - محكمة القضاء الإداري - مرجع سابق ص ٢٣٢، دوسام صبار عبد الرحمن - الاختصاص التشريعي للإدارة في ظل الظروف العادية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه - كلية القانون - جامعة بغداد ١٩٩٤ - ص ٢٨٤ وما بعدها.

٢ - قرار محكمة القضاء الإداري رقم ١٢/قضيه اداري/١٩٩٢ بتاريخ ١٣/٢/١٩٩٢.

ج- القرارات الإدارية التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها وهي تشمل جميع الاستثناءات التي كانت تقيد المحاكم المدنية، وهذه القرارات كثيرة وتغطي مساحة كبيرة من النشاط الإداري في الصلة المباشرة بحقوق المواطنين، الأمر الذي يقيد من اختصاص المحكمة إلى حد كبير في بسط رقابتها على تلك القرارات، مما يترتب عليه حرمان الأفراد من مقاضاة الإدارة عند عدم مشروعية قراراتها أمام جهة مستقلة ومحايدة.

ويكاد يتفق الفقه العراقي على أن الأصل العام هو تقرير ولاية القضاء العراقي الإداري النظر في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية. وأن إيراد استثناءات من شأنها أن تقيد من هذه الولاية إن وجدت أنه يجب أن تكون بنص خاص،^(١) وضمن أضيق الحدود من دون التوسع في تفسيره والتي كادت أن تكون هذه التشريعات بكثرتها هي الأصل.

أما من حيث شرعية أو دستورية هذه النصوص فيرى جانب من الفقه العراقي أن النصوص التي تمنع التقاضي إطلاقاً تعد مخالفة للدستور، إذ أنها تخل بمبدأ المساواة أمام القانون. كما أن حرية التقاضي من الحريات الشخصية التي كفلها الدستور أن لكل إنسان حق المطالبة بحقه في الدفاع عنه والتقاضي بشأنه، ويتساءل البعض (كيف يكون حق التقاضي مكفولاً للمواطنين جميعهم مع وجود هذا العدد الكبير من التشريعات المانعة لحق التقاضي. أن التناقض صارخ بين النص الدستوري والنصوص القانونية. وينتهي للقول... بعدم شرعية الحصانة التي يسبغها أي نص من شأنه أن يغلق باب الطعن القضائي نهائياً بوجه الأفراد حيث لا يملك المشرع العادي منع ممارسة هذا الحق أو تقييده ولم يحز الدستور مثل هذا المنع أو التقييد) في حين يذهب جانب آخر

^١ - أنظر د. عبد الرحمن نورجان - مرجع سابق - ص ٣٣٨.

من الفقه العراقي إلى أن لا أعترض على هذا المنع أو التقييد لو أراد المشرع الدستوري النص عليه صراحة.

على مدى ما تقدم يتأكد لنا بأن النصوص التشريعية المانعة لحق الطعن القضائي في المنازعات الناشئة عن بعض القرارات الإدارية بعد قيداً خطيراً وتعدياً على الاختصاص العام للقضاء الإداري في النظر في المنازعات الإدارية كافة دون استثناء إلى جانب كونه إهداراً مباشراً لحق التقاضي المرتبط بمبدأ سيادة القانون بأن يكون لكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي وهذا ما كفلته أغلب الدساتير الحديثة، لذلك طالب الفقه العراقي إلى المبادرة أولاً إلى إلغاء النصوص التشريعية الاستثنائية كافة التي انتقصت من حق التقاضي والمبادئ الدستورية الأخرى التي كلفت حقوق وحريات المواطن والتي شوهت من النظام القضائي العادي والإداري في العراق^(١) إلى جانب تضمين الدستور نصاً يحظر تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء أسوة بما سلكه المشرع في الدساتير المقارنة التي سبقتنا في تنظيم وارتقاء هذا القضاء وهذا بالفعل ما حصل بصدر دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ إذ حظرت المادة (١٠٠) من الدستور النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من الطعن، ولذلك أصبح التزاماً على المشرع إلغاء النصوص القانونية المتعلقة بهذه الاستثناءات، وكذلك الاستثناءات الواردة في القوانين الأخرى أينما وجدت. وهو ما تم بصدر القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٥ المنشور في الوقائع العراقية رقم ٤٠١١ في ٢٢ كانون الأول ٢٠٠٥.

١ - (٢) أنظر د عصام عبد الوهاب البرزنجي - مجلس شوري الدولة - مرجع سابق -

ص ١٥٤ وكذلك د وسام العاني - مرجع سابق - ص ٢٨٤

المطلب الثاني

تمييز محكمة القضاء الاداري من المحاكم الادارية المشابهة

شهد العراق على مدى بضعة عقود من الزمن انشاء عدد من المحاكم التي لحق بها وصف الادارية، منها المحاكم الادارية المشكلة بموجب القانون (١٤٠) لسنة ١٩٧٧، والمحكمة الادارية المشكلة في وزارة التخطيط بموجب تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨، فضلاً عن مدار بحثنا محكمة القضاء الاداري، لذا نعتقد انه استكمالاً للفائدة لابد من بيان كلا نوعي المحاكم ومحاولة تمييز محكمة القضاء الاداري من كل منهما على التوالي، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الاول

تمييز محكمة القضاء الاداري من المحاكم الادارية المشكلة عام ١٩٧٧

لقد اسلفنا ان عام ١٩٧٧ شهد محاولة جديدة في مجال القضاء الاداري في العراق اذ صدر في ذلك العام قانون المحاكم الادارية رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧، ولاستكمل بيان موضوع كتابنا لابد لنا من بيان تشكيل واختصاصات تلك المحاكم وتمييز محكمة القضاء الاداري منها لبيان التطورات التي مر بها القضاء الاداري في العراق في مراحلها المتعلقة وقد اسلفنا ان قانون اصلاح النظام القانوني الملغى رقم (٣٥) لسنة ١٩٧٧، قد أشار الى ضرورة انشاء محاكم مختصة بالنزاعات الخاصة بقضايا الموظفين ومنازعات الوزارات او المؤسسات العامة أي بالنزاعات الادارية، فقد ورد فيه ضرورة " انشاء محاكم خاصة وهيئات تنظر في قضايا موظفي الدولة والقطاع العام والمنظمات المهنية وفي الفصل في المنازعات التي تكون الوزارات او المؤسسات العامة او القطاع العام طرفاً فيها... وضع القواعد المنظمة لحل الخلافات التي يمكن ان تنشأ داخل الوحدات الاقتصادية او فيما بينها في ضوء مصلحة الاقتصاد الوطني"، واستجابة لهذه الضرورة فقد انشئت المحاكم الادارية بالقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٧٧.

وقد جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون " - ان مؤسسات الدولة والقطاع
الاشتراكي تدخل، خلال تنفيذها لواجباتها المرسومة، في منازعات داخلية يؤثر بقاؤها
مدة طويلة دون حسم، على قدراتها الفعلية في المجاز خططها في الوقت المحدد وبالمستوى
المطلوب، لذا اصبح حسم هذه المنازعات وفق تصور راسمالي يتسم بالبطء من
العوامل السلبية المؤثرة على وثيرة ونوعية المجاز خطط التنمية القومية في وقت لا
تمثل اطراف النزاع مصالح متعارضة، بل هي اجزاء من كيان واحد يملكه الشعب،
وتقتله الدولة. لهذا فقد بات من الضروري التوجه نحو خلق قضاء متخصص، تعهد اليه
مهمة البت في هذه المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، وجعل الدعاوى المعروضة عليه من
الدعاوى المستعجلة، واختصار مراحل الطعن بقصرها على التمييز، مهما كانت قيمة
الدعوى دون التفريط بأصل الحق، الذي يتمثل في احترام القوانين والالتزام
بالواجبات. وعليه فإن تشكيل محاكم ادارية، الى جانب المحاكم المدنية الاخرى، وتسمية
حكام اداريين متخصصين، وتكوين هيئة جديدة في محكمة التمييز متفرغة للنظر في
الطعون المرفوعة اليها ضد قرارات المحاكم الادارية، يستجيب تماما لمقتضيات الاوضاع
الاقتصادية المتطورة في القطر..."

ولتمييز المحاكم الادارية المشكلة بموجب هذا القانون من محكمة القضاء الاداري
لابد لنا من بيان أوجه التمييز من حيث التشكيل ومن حيث الاختصاصات بأبصارهما
اوضح المميزات، وكما يلي بيانه:

اولا - من حيث التشكيل :

والحديث عن التشكيل يقتضي منا بيان تسمية تلك المحاكم وعددها وطريق
تشكيلها:

أ- تسمية المحاكم :

أطلق المشرع اسم المحاكم الادارية على المحاكم التي شُكلت في منطقة استئناف
بغداد او التي ستؤلف في المناطق الاستئنافية الاخرى وفقا لقانونها المرقم (١٤٠) علما

انها لم تكن سوى مجرد اضافة الى المحاكم البدائية المنشأة اصلا، اذ انها لا تختلف عن تلك من حيث الاختصاصات اذ تختص هذه المحاكم بالنظر في المنازعات التي تقع بين الوزارات ومؤسسات الدولة و"القطاع الاشتراكي" مهما كانت قيمة الدعوى، دون ان يكون للأفراد الحق في اللجوء الى هذه المحاكم لعرض منازعاتهم مع السلطة الادارية وبصورة مستقلة.

ومن المعلوم ان الدول التي تتجه الى انشاء قضاء اداري تجعل المواطنين محمور اهتمامها، اذ انها لم تنشئ هذا القضاء الا للدفاع عن حقوقهم في مواجهة امكانيات وسلطات الادارة الواسعة، وهذا ما لم يتحقق في المحاكم الادارية، ومن ثم فقد كانت هذه التسمية هي أبعد ما تكون عن المسمى.

اما محكمة القضاء الاداري فقد كانت - على الرغم من تواضع اختصاصاتها - قضاء اداريا بمعنى الكلمة، وما ينطبق فيه تسميتها مع اختصاصها، حيث يقصد بمحاكم القضاء الاداري تلك الجهات القضائية التي تختص بالنظر في المنازعات الادارية كافة، سواء منها ما كان بين جهات الادارة ام بينها وبين الافراد ويفترض بهذه المحاكم ان تخضع لجهة قضائية عليا تنظر في الطعون الخاصة بها تمييزا، فضلا عن تفردا باجراءات خاصة وتطبيقها لقوانين خاصة تتلاءم مع الطبيعة الخاصة للمنازعات الادارية.

ب- عدد المحاكم:

اشارت المادة (١) من القانون ١٤٠ الى ان تؤلف في منطقة استئناف بغداد محكمة ادارية او اكثر^(١) ويجوز تأليف محاكم ادارية في المناطق الاستئنافية الاخرى^(٢) ومن ثم فقد كان طابع هذا القانون التعدد ابتداء مع امكانية انشاء محاكم اخرى.

١ - المادة (١/أولا) من قانون المحاكم الادارية الملغى.

٢ - المادة (١/ثانيا) من نفس القانون.

وبالفعل فقد انشئت محاكم ادارية اخرى - فضلا عن المحكمة الاصلية التي شكلت في منطقة استئناف بغداد - بموجب بيان صدر عن وزير العدل^(١) يشمل اختصاصها المكاني المحافظات التابعة للمنطقة الاستئنافية ويكون مركز انعقاد المحكمة في الأماكن المبينة إزاء كل منها:

- ١ - المحكمة الإدارية لمنطقة استئناف نينوى - الموصل.
 - ٢ - المحكمة الإدارية لمنطقة استئناف الحكم الذاتي - أربيل.
 - ٣ - المحكمة الإدارية لمنطقة استئناف التلعفر - كركوك.
 - ٤ - المحكمة الإدارية لمنطقة استئناف بابل - الحلة.
 - ٥ - المحكمة الإدارية لمنطقة استئناف ذي قار - الناصرية.
 - ٦ - المحكمة الإدارية لمنطقة استئناف البصرة - البصرة.
- ونتيجة ازدياد عدد الدعاوى المقامة امام المحكمة الادارية في بغداد فقد صدر بيان اخر عن وزير العدل^(٢) تقرر فيه تشكيل محاكم ادارية متخصصة في المراكز المبينة ادناه:

- ١ - محكمة ادارية تنعقد في مقر محكمة استئناف منطقة بغداد.
- ٢ - محكمتان اداريتان تنعقدان في دار العدالة في الكرادة.^(٣)

اما قانون مجلس شورى الدولة المعدل فقد نصت المادة (٧٠ - أ) على "تشكل محكمة واحدة تسمى (محكمة القضاء الإداري) في مجلس شورى الدولة، ويجوز عند الإقتضاء تشكيل محاكم أخرى للقضاء الإداري في مراكز المناطق الإستئنافية ببيان يصدره وزير العمل، بناء على اقتراح من هيئة الرئاسة في مجلس شورى الدولة ينشر في الجريدة الرسمية"، اي ان القانون اشار الى محكمة واحدة، ووضع شروط انشاء محاكم اخرى للقضاء الاداري، وإن لم نشهد حتى ساعة اعداد هذا المؤلف انشاء محاكم اخرى للقضاء الاداري في العراق على الرغم من ضرورتها.

-
- ١ - البيان رقم (٨٦٧١٦) لسنة ١٩٨٠ عن وزير العدل، الخاص بتشكيل محكمة ادارية في المناطق الاستئنافية.
 - ٢ - البيان رقم (٧٥٥٣) لسنة ١٩٨٢، بيان تشكيل محاكم ادارية متخصصة.
 - ٣ - ميز البيان بين اختصاصات كل منهما، وسف نبين تلك الاختصاصات لاحقا.

ج- تشكيل المحكمة :
تتألف محكمة القضاء الإداري كما أسلفنا من رئيس وعضوين، رئيس المحكمة
أما أن يكون مستشاراً أو قاضياً من الصنف الأول، في حين تتراوح العضوية فيها ما بين
المستشارين المساعدين وقضاة الصنف الثاني. أما المحكمة الإدارية فهي أحادية التشكيل،
بمعنى أنها تتكون من قاض منفرد، إذ أنها تشكل من حاكم من الصنف الأول أو
الثاني^(١).

ولم يشترط في قضاة المحاكم الإدارية شروطاً خاصة تقتضيها طبيعة القضاء
الإداري، كما فعل قانون مجلس شوري الدولة، حين أشار إلى ضرورة أن يكون أحد
أعضاء هذه المحكمة على الأقل من ذوي الاختصاص (مستشار أو مستشار مساعد)،
ومن ثم فلا يعدو أن يكون أولئك القضاة - سواء منهم من كان من الصنف الأول أم
الثاني - قضاة مدنيين في الأصل.

ولا يخفى على أحد أن دول القضاء المزدوج تتجه إلى تشكيل المحاكم الإدارية من
هيئة قضائية لا قاض منفرد، لضمان دقة وموضوعية الحلول القضائية، ومنع التفرد
بالحكام والارتجال فيها، وهذا ما أخذت به محكمة القضاء الإداري على خلاف المحاكم
الإدارية التي تشكلت من قاض منفرد ومن ثم يبدو الفرق جلياً بين المحكمتين من حيث
التشكيل.

من ناحية أخرى يظهر الاختلاف بينهما من حيث اختيار أو تعيين قضاة
المحكمتين، فإذا كان رئيس مجلس شوري الدولة هو من يصدر قرار بتشكيل محكمة
القضاء الإداري، فإن وزير العدل هو من يتولى هذه المهمة في المحاكم الإدارية، إذ يعين
وزير العدل - بناء على اقتراح من رئيس محكمة استئناف المنطقة - حاكم المحكمة
الإدارية^(٢).

١ - المادة (١/ ثانياً) من قانون المحاكم الإدارية.

٢ - المادة (١/ رابعاً) من قانون المحاكم الإدارية.

ثانياً - من حيث الاختصاصات:

للحديث عن اختصاصات كل من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية لابد لنا من الإشارة أولاً إلى التنازع في الاختصاص بين تلك المحاكم والمحكمة المدنية:

١- التنازع في الاختصاص:

من البديهي أن يؤدي وجود القضاء الإداري إلى جانب القضاء العادي في نظام القضاء المزدوج إلى إثارة التنازع على الاختصاص تجاه الدعاوى التي تحتاج طبيعة المنازعة إلى تكييف قانوني من أجل تحديد ماهية الدعوى، إن كانت إدارية فيختص بنظرها القضاء الإداري، وأما مدنية فيختص بنظرها القضاء العادي، ويعود سبب هذا التنازع بين جهتي القضاء الإداري والعادي إلى عدم دقة معيار توزيع الاختصاص ووجود تداخلات واستثناءات في مجال الاختصاص، وهذا ما يترك للقاضي مجالاً واسعاً للتفسير، وإن كانت المنازعة المعروضة أمامه تدخل في اختصاصه أو اختصاص القضاء الآخر.^(١)

وتتجه الدول في سبيل فض اشكالات التنازع إلى سلوك أحد السبل التالية:

١. إنشاء محاكم للتنازع تختص حصراً بمحل اشكالات التنازع ما بين جهتي القضاء مثل فرنسا.

٢. إنشاء لجان وهيئات تختص بمحل اشكالات التنازع ما بين جهتي القضاء مثل العراق بموجب قانون مجلس شورى الدولة المعدل، فإذا تنازع اختصاص محكمة القضاء الإداري ومحكمة مدنية فيعين المرجع هيئة قوامها ستة أعضاء ثلاثة يختارهم رئيس محكمة التمييز من بين أعضاء المحكمة، وثلاثة آخرون يختارهم رئيس مجلس شورى الدولة من بين أعضاء المجلس، وتجتمع الهيئة برئاسة رئيس محكمة التمييز وقرارها الصادر بالإتفاق أو الأكثرية يعتبر باتاً وملزماً.^(٢)

١ - د. محمد علي آل ياسين - القانون الإداري - ط ١ - المكتبة الحديثة للطباعة والنشر - بيروت - بدون سنة طبع - ص ٢٥٤.

٢ - المادة (٧) رابعاً من قانون مجلس شورى الدولة المعدل.

اما قانون المحاكم الادارية فقد أنط هذا الاختصاص بالهيئة العامة لمحكمة التمييز
اذ تفصل الاخيرة في تنازع الاختصاص بين المحاكم الادارية، أو بين محكمة ادارية وأية
محكمة أخرى. ^(١) وفي هذا زيادة في تأكيد ما ذهبنا اليه من ان هذه المحاكم لم تكن مسوى
اضافة الى المحاكم المدنية القائمة بالفعل، مع الاشارة الى ان الاجراءات التي تطبق امام
هذه المحاكم هي قواعد قانون المرافعات المدنية، كما ان القواعد القانونية التي تطبقها
هي ذاتها القواعد العادية التي تطبقها المحاكم المدنية، اما احكامها فتميز امام محكمة
التمييز، ومن ثم فان هذه المحاكم ابعد ما تكون عن انها قضاء اداري مستقل ومنفصل
عن القضاء المدني.

ب- نطاق اختصاص تلك المحاكم: ^(٢) بالنظر في الدعاوى المدنية التي تقيمها الوزارات
تختص المحكمة الادارية، ^(٣) بالنظر في الدعاوى المدنية التي تقيمها الوزارات
ومؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي البعض منها على البعض الآخر، مهما كانت
قيمة الدعوى، على ان ذلك لا يؤثر على اختصاص المحكمة الادارية، ان يدخل القطاع
الخاص مع أحد اطراف الدعوى الادارية.
كما تختص هذه المحكمة بالقضاء المستعجل والاوامر على العرائض (القضاء
الولائي) بما فيه الحجز الاحتياطي في الدعاوى المختصة بها. ^(٣)

ومن ثم ليس للأفراد اللجوء الى هذه المحاكم بصورة مستقلة ومباشرة، بل لهم
ذلك بشكل غير مباشر مع أحد اطراف الدعوى الادارية، اي أنه الى جانب المؤسسات
العامة والقطاع الاشتراكي، وقد اسلفنا ان ذلك يتعارض مع الفكرة الاساس الكامنة
وراء الاخذ بنظام القضاء المزدوج، اذ يعد القضاء الاداري ضماناً لحماية حقوق وحريات
الافراد من قبل الهيئات الادارية.

١ - المادة (٣) من قانون المحاكم الادارية.

٢ - المادة (٢/١) من قانون المحاكم الادارية الملغى.

٣ - المادة (٢/٢) من قانون المحاكم الادارية الملغى.

هذا وقد تنبه المشرع الى ضيق اختصاصات تلك المحاكم، لذا صدر قانون التعديل الاول للقانون بالرقم (١٣٦) لسنة ١٩٨٠، وجاء في الاسباب الموجبة للقانون " إن مؤسسات الدولة والقطاع الإشتراكي تدخل، خلال تنفيذها لواجباتها المرسومة في منازعات مع القطاع الخاص، سواء كانت مدعية أو مدعى عليها، يؤثر بقاؤها مدة طويلة دون حسم، على قدراتها الفعلية في إنجاز خططها في الوقت المحدد وبالمستوى المطلوبه وحيث أن هذه المنازعات تتميز بأنها ذات طبيعة خاصة لارتباطها بخطة التنمية القومية، ولا تختلف في جوهرها عن النزاعات الداخلية التي تحدث بين مؤسسات الدولة والقطاع الإشتراكي، لذلك فإن حسمها وفق تصور رأسمالي يتسم بالبطء، من العوامل السلبية المؤثرة على وتيرة ونوعية إنجاز خطط التنمية القومية، وحيث أن التطبيق العملي قد أثبت نجاح المحكمة الإدارية في سرعة حسم الدعاوى المختصة بالنظر فيها، لذلك وجد أن من الضروري أن يعهد إليها النظر في الدعاوى المدنية والتجارية التي تكون إحدى الوزارات أو مؤسسات الدولة والقطاع الإشتراكي خصماً أصلياً فيها لضمان سرعة حسمها".

ومن ثم أصبحت المحاكم الادارية تختص بالدعاوى المدنية التي تكون إحدى الوزارات أو مؤسسات الدولة والقطاع الإشتراكي خصماً فيها، سواء كانت مدعية أم مدعى عليها، مهما كانت قيمة الدعوى، دون أن يشمل إختصاص المحكمة الإدارية الدعاوى الناشئة بين أطراف القطاع الخاص إذا دخلت أو أدخلت إحدى الوزارات أو مؤسسات الدولة والقطاع الإشتراكي شخصاً ثالثاً فيها.

ورغم كل ما تقدم فقد تنبه المشرع - وبعد عشر سنوات من صدور قانونها - الى ان المحاكم الادارية التي أسست بالقانون المرقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧ والتي تختص بالنظر في الدعاوى المدنية التي تقيمها الوزارات ومؤسسات الدولة والقطاع الإشتراكي البعض منها على البعض الآخر وكذلك الدعاوى التي يدخل فيها القطاع الخاص مع أحد اطراف الدعوى. ونظرا لان هذه الدعاوى هي في الاصل من اختصاص

محاكم البداءة وهي لا تختلف عن الدعاوى المدنية الاخرى المماثلة لها في وسائل الانبات
فلا حاجة لتشكيل قضاء متخصص لها يضاف الى ذلك أن تشكيلها في المناطق
الاستثنائية قد يضر بالأشخاص من سكان الاقضية والنواحي الذين يداخلون في هذه
الدعاوى بجانب أحد الطرفين^(١)

لذا فقد صدر قانون إلغاء المحاكم الادارية رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٨، ألغيت بموجبه
جميع المحاكم الادارية التي شكلت استنادا للقانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧.

الفرع الثاني

تمييز محكمة القضاء الاداري من المحكمة الادارية المشكلة في وزارة التخطيط

لا يخفى على احد اهمية العقود الادارية في مجل العمل الحكومي، كما لا يخفى
على احد مشكلة الفساد الاداري التي تنخر في جسد الادارات العراقية، لذا ظهرت
الحاجة بعد عام ٢٠٠٣ الى تحديث اجراءات ابرام العقود الادارية بما يتلاءم مع افضل
التطبيقات الدولية هذا من ناحية، البحث عن آلية لحل النزاعات وان تكون هذه
المتطلبات خالية من الفساد والتدخل غير المشروع، وان ترتب عملية حصول الحكومة
على السلع والخدمات بأفضل الاقيام^(٢) لذا فقد اصدر المدير التنفيذي لسلطة الائتلاف
المؤقتة الامر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ والخاص بالعقود العامة.

وقد ورد في هذا الامر الاشارة الى وضع وتبني قواعد خاصة بمحكمة ادارية
مستقلة تكون مختصة بالشكاوي والمنازعات الناتجة او تتعلق بمنح العقود العامة من قبل
الحكومة^(٣) ثم اشار الى بعض اختصاصاتها ومنها ان لمقدم العطاء الذي يظن بأنه ظلم
في قرار التعهدات العامة الحكومية او يعتقد بأن احكام المناقصة قيدت ويشكل غير

١ - الاسباب الموجبة لقانون الغاء قانون المحاكم الادارية رقم (٢٠) لسنة ١٩٨٨

٢ - مقدمة الامر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

٣ - القسم الثاني - ١/ ب - ثانيا من الامر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.

عادل المنافسة الحرة والنزاهة وبأسلوب ابعده عن المنافسة بطريقة غير لائقة ، له ان يقدم اعتراضاً لدى محكمة ادارية متخصصة مؤسسة استئنافاً لسلطة هذا الامر^(١) وقد صدرت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ لتشير الى تشكيل ومهام تلك المحكمة، وسوف نحاول بيان ذلك مع شيء من المقاربة والمقارنة مع محكمة القضاة الادارية، وكما سيلي بيانه:

اولاً - من حيث التشكيل :

اشار الامر رقم (٨٧) سالف الذكر الى ان لمديرية ادارة التعهدات العامة ان تصدر انظمة تنفيذ وتنشر وتكون ذات صلة بهذا الحكم ، تتعلق على سبيل المثال بتأسيس محكمة ادارية مستقلة، وقرارات المحكمة، بما فيها المتطلبات الزمنية والمكانية لتقديم الاعتراض، قبل وبعد طرح المناقصة العامة (تنضم نتائج المتطلبات الزمنية ان تم طلب تقديم تفسير) وكذلك لاتخاذ القرارات^(٢).

وقبل الخوض في تشكيل المحكمة لابد من الاشارة الى امرين ، يتعلق اولهما بالامر رقم (٨٧) ويتعلق الثاني بمديرية ادارة التعهدات العامة التي اشر لها الامر، ففيما يتعلق بالاول لا يخفى على احد ان الامر - كغيره من الاوامر الصادرة عن مدير سلطة الائتلاف المؤقتة - قد وردت تقنياتها بأسلوب غير مناسب يشوبه عدم الدقة والركة في كتابة المواد وذلك يرجع الى سببين الاول منها الترجمة فالنص الاصلي قد كتب بالانكليزية وثم نقله الى العربية بوضعه الحالي فأسهمت تلك الترجمة التي قام بها أشخاص غير مختصين بالترجمة القانونية وليس لهم تجربة في هذا الجانب بنقل النص أما خلافاً لما هو مكتوب بالأصل أو استعمال عبارات غير مناسبة استعملت في صياغة التشريعات من ناحية، وعدم عرض تلك الاوامر على الجهة المختصة بتدقيق مشاريع القوانين في العراق (مجلس شوري الدولة)^(٣).

- ١ - القسم ١/١٢ - أ من الامر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
- ٢ - القسم ١/١٢ - ج/ اولاً وثانياً من الامر رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
- ٣ - لمزيد من التفاصيل راجع : القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق السامرائي - دور المحكمة الإدارية في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي في الرقابة على المناقصات الحكومية - منشور على شبكة المعلومات العالمية - tqmag.net

اما بالنسبة للشطر الثاني والمتعلق بمديرية ادارة التعهدات العامة فقد كانت
القشة التي قصمت ظهر البعير، إذ كيف يضع المشرع مسؤولية وضع قواعد عامة
بمحكمة إدارية مستقلة على عاتق دائرة العقود الحكومية، وهي دائرة لا ترقى حتى
لمستوى وزارة، ضارباً عرض الحائط بكل التقاليد التشريعية المتعلقة بتنظيم القضاء
وعلى اية حل، فقد تولت بالفعل تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١)
لسنة ٢٠٠٨، الاشارة الى آليات تشكيل تلك المحكمة، حيث تشكل في وزارة التخطيط
والتعاون الإنمائي بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي محكمة مختصة بالنظر في
اعتراضات مقدمي العطاءات برئاسة قاضي ينسب مجلس القضاء الأعلى، وعضوية ممثل
عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام، وممثل عن
كل من اتحاد المقاولين العراقيين واتحاد الغرف التجارية من ذوي الخبرة والاختصاص،
ويكون للمحكمة مقرر بعنوان ملاحظ في الأقل.^(١)

وبامعان النظر في تشكيل هذه المحكمة نلاحظ المسائل التالية:

١. من حيث تسمية المحكمة: والحقيقة ان لنا اعتراضين في هذا الصدد:

أ- على كلمة "محكمة": اذ لا يمكن بحال من الاحوال تسمية تلك الهيئة المشكلة في
وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بالمحكمة، لان الاصل في تشكيل المحاكم ان يتم
بموجب قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ النافذ، اي كان على المشرع
البدء بتعديل القانون والنص على تشكيل محكمة جديدة، والا كنا امام مخالفة
فاضحة للمادة (٩٦) من الدستور، والتي تنص على " ينظم القانون تكوين المحاكم
وانواعها ودرجاتها واختصاصاتها، وكيفية تعيين القضاة وخدماتهم، واعضاء الادعاء

١- المادة (١٠/ثانياً - ٢١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية.

٢- ولا بد من الاشارة الى ان وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي قد رفعت مشروع قانون الى مجلس

النواب العراقي لغرض الغاء هذه المحكمة الا ان مثل هذا القانون لم يصدر حتى الان.

العام، وانضباطهم، وإحالتهم على التقاعد^(٣). وفي هذا الصدد تمتاز محكمة القضاء الإداري بأنها محكمة بمعنى الكلمة، على الأقل من حيث منذ انشائها (قانون مجلس شورى الدولة) على خلاف المحكمة الإدارية.

ب- على كلمة "إدارية" : فقد اسلفنا أن وصف المحكمة الإدارية ينطبق على جهة القضاء التي تختص بالنظر في المنازعات الإدارية، سواء منها ما تعلق بمنازعات الإدارات المختلفة مع بعضها، أو ما تعلق بمنازعات الأفراد مع جهة الإدارة في حين أن هذه المحكمة لا تختص إلا بنوع واحد من المنازعات الإدارية دون بقية، وهي الاعتراضات المقدمة من قبل الشركات أو المقاولين لمعالجة الأخطاء الإدارية التي تقوم بها الإدارة أثناء قيامها بتدقيق العطاءات المقدمة من قبلهم.

وعلى الرغم من أن القضاء الإداري في العراق ضيق النطاق محدود الاختصاصات، فهو لا ينظر أصلاً في منازعات العقود الإدارية وترك ذلك للقضاء العادي، إلا أن ذلك لا ينفي عنه وصف القضاء الإداري هذا من ناحية، من ناحية أخرى فقد جاءت المحكمة الإدارية لتتظر في أحلى المنازعات التي تختص بنظرها محاكم البداية في العراق، لذا لا نعرف سبب وصفها بالإدارية.

٢. من حيث التشكيل :

لقد اسلفنا أن الأمر (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ لم يبين كيفية تشكيل المحكمة الإدارية، إلا أن تشكيل المحكمة ورد مرتين، الأولى ضمن تعليمات تنفيذ العقود الإدارية رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الملغاة^(١) والثانية ضمن التعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ والتي مازالت سارية.

١ - المادة (٨/أولاً) من التعليمات المذكورة نصت على (تشكل بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي محكمة إدارية تختص بالعقود الحكومية برئاسة قاضي يتدب من مجلس القضاء الأعلى وبحضور ممثل عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام وممثل من اتحاد المقاولين المراقبين ومقرر للمحكمة بعنوان ملاحظ في الأقل...)

المفعول، ويتمثل التشكيل في كلاهذين النوعين من التعليمات ما عدا بعض المسائل البسيطة،^(١) وعلى أية حال يثير تشكيل المحكمة مسألتين غاية في الأهمية:

أ- من حيث قرار التشكيل : تشكل المحكمة الادارية بقرار من وزير التخطيط والتعاون الإنمائي، في حين أن محكمة القضاء الاداري تشكل بقرار يصدر من رئيس مجلس شوري الدولة.

ب- تتألف المحكمة الادارية من ثلاثة اعضاء، يرأسها قاضٍ ينسبه مجلس القضاء الأعلى، ولم تحدد التعليمات صنف القاضي، فهل هو من الصنف الاول ام الثاني ام غيرهما، على خلاف محكمة القضاء الاداري اذ حدد قانون مجلس شوري الدولة رئاسة محكمة القضاء الاداري وحصرها بين قاضٍ من الصنف الاول او مستشار في مجلس شوري الدولة.

اما عضوية المحكمة الادارية فانها تضم ثلاثة، احدهم ممثل عن وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي لا تقل درجته الوظيفية عن مدير عام، والثاني ممثل اتحاد المقاولين العراقيين والثالث ممثل عن اتحاد الغرف التجارية، على أن يكون الاخيران من ذوي الخبرة والاختصاص،^(٢) في حين أن العضوية في محكمة القضاء الاداري تنحصر ما بين قضاة الصنف الثاني، أو المستشارين المساعدين.

١- من بين هذه الاختلافات أن القاضي في التعليمات الملغاة ينتدب من قبل مجلس القضاء الأعلى في حين أنه ينسب في التعليمات النافذة، وثانياً أن التعليمات الملغاة اشارت الى مقرر المحكمة وكأنه احد اعضائها وهو خلل تداركه واضعوا التعليمات الجديدة بالاشارة الى المقرر على سبيل الاستقلال.

٢- ويرى البعض أن العدد الشفع (زوجي) لاسيما في حالة التصويت اثنان مقابل اثنين، هل يرجح الجانب الثاني الذي فيه رئيس المحكمة وهذا ما لم تتطرق اليه التعليمات ويؤدي إلى الإرباك وعدم الدقة في عمل المحكمة وتحديداً عند اتخاذها القرارات اللازمة ضمن اختصاصها، راجع القاضي لقمان ثابت عبد الرزاق السامرائي - المرجع السابق.

ولعل تشكيل المحكمة الادارية يؤكد انها لا يمكن بحال من الاحوال ان تعتبر محكمة ادارية تضاف الى محاكم القضاء الاداري في العراق وانها لا تعدو ان تكون هيئة ادارية ذات اختصاصات قضائية، وذلك للطابع الاداري الذي يغلب على تشكيل المحكمة، بل ان العنصر القضائي لم يغير من هذه الحقيقة، فمجلس الانضباط العام على سبيل المثال كان يضم في عضويته قاضياً، الا ان ذلك لم يغير من حقيقة هيئة ادارية ذات اختصاصات قضائية، وقد كانت الاسباب السالفة مجتمعة سبباً في طلب الغائها.

ثانياً - من حيث الاختصاصات :

اختصاص المحكمة الإدارية - كما اسلفنا - ورد لأول مرة، وان كان بعبارة عامة، في الأمر (٨٧) لسنة ٢٠٠٤، اذ جاء فيه ان هذه المحكمة تكون خاصة بالشكاوى والمنازعات الناتجة أو تتعلق بمنح العقود من قبل الحكومة.

وقد اشارت المادة (١٠) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية الى اختصاصات المحكمة الادارية، اذ تختص هذه المحكمة بالنظر في الاعتراضات على قرارات الإحالة الصادرة عن الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم^(١)، بمعنى اخر ينحصر في النظر بالاعتراضات المقلعة من قبل أصحاب العطاءات المقدمة إلى الإدارة، وفقاً للشروط والمواصفات التي اعلنت عنها، الا ان لجنة العطاءات اختارت عطاء اخر، فهي تنحصر في الاعتراضات على قرارات الاحالة حصراً، دون ان تتعداها الى المراحل التي تسبق الاحالة او التي تليها، اي تنفيذ العقد^(٢) من جهة اخرى ينحصر اختصاص المحكمة باعتراضات الغير على قرارات الاحالة، دون اعتراضات اطراف العقد الذين لهم اقامة دعواهم امام القضاء العادي (محاكم البداية)

١ - المادة (١٠ / ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

٢ - ويبقى اختصاص النظر في تلك المنازعات منوطاً بمحكمة البداية التي لها الولاية العامة وفق ما ورد في المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

من جهة ثالثة فإن هذه المحكمة تنظر في الاعتراضات - سالفه الذكر - دون
يكون لها اختصاص مكاني محدد ومن ثم فإن اختصاصها يمتد ليشمل كل الرتبة
الجغرافية للبلاد ويستفاد ذلك من عبارة "قرارات الإحالة الصادرة عن الوزارات
والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم" الواردة في
المادة (١٠) سالفه الذكر.

أما محكمة القضاء الإداري فلا ريب أنها تتمتع باختصاصات أوسع، وإن كانت
لا ترقى إلى اختصاص نظيراتها من محاكم القضاء الإداري المقارنة.

ثالثاً - من حيث الإجراءات :

تنظر المحكمة الإدارية في الطعون المقدمة إليها خلال (٧) سبعة أيام عمل رسمي
تبدأ من تاريخ قرار الوزير المختص أو رئيس الجهة غير المرتبطة بوزارة أو رئيس جهة
التعاقد في الإقليم أو المحافظة غير المنتظمة في إقليم بالبت بموضوع الشكوى،^(١) دون أي
إجراء يسبق نظرها الطعن، أما محكمة القضاء الإداري فيشترط قبل رفع الطعن التظلم
من القرار الإداري.

هذا وتسترشد المحكمة الإدارية ومحكمة القضاء الإداري بقانون المرافعات المدنية
رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ في كل ما لم يرد به نص، سواء في قانون مجلس شورى الدولة أو
في هذه التعليمات أو الضوابط الصادرة عن دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط
والتعاون الإنمائي.

من ناحية أخرى تصدر المحكمة الإدارية قرارها بموضوع الشكوى أو الاعتراض
خلال مدة لا تتجاوز (١٢٠) مئة وعشرين يوماً تبدأ من تاريخ دفع الرسم القانوني،^(٢)
في حين لا يوجد مثل ذلك التحديد بالنسبة لمحكمة القضاء الإداري.

يمكن الطعن تمييزياً بالقرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية لدى محكمة
الاستئناف المختصة (وهي محكمة أستاناف بغداد/الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية)
خلال (٣٠) يوماً من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالقرار، أما قرارات محكمة القضاء
الإداري فإنها تميز أمام المحكمة الاتحادية العليا.

١ - المادة (١٠/ثالثاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

٢ - المادة (١٠/رابعاً) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لسنة ٢٠٠٨.

المبحث الثاني

دور القاضي الإداري في الدعوى الإدارية

لقد بينا سلفاً أهمية القضاء الإداري وأسباب توجه الدول نحو الازدواجية القضائية، وأكدنا على أهمية دور القاضي الإداري في حسم المنازعات التي تنشأ ما بين الإدارة والأفراد، باعتباره الحصن الحصين لحقوق الأفراد وحررياتهم، ولا ريب أن ممارسة القاضي الإداري لذلك الدور المهم لا يمكن أن يتم بمعزل عن الأفراد فالقضلة يمتز بالطلب، إذ لا يمكن له أن يتدخل دون طلب من أحد طرفي الدعوى، وذلك الطلب هو ما اصطلاح على تسميته بالدعوى الإدارية.

ونعتقد أن التعرف على ماهية الدعوى الإدارية يعد مدخلا جيداً للبحث في دور القاضي الإداري فيها، وهذا ما سنحاول الحديث عنه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

ماهية الدعوى الإدارية

ظهر نظام الدولة الحديثة وحل محل نظامي القوة والتحكيم في حل النزاعات بين الأفراد وذلك من خلال ظهور مرفق القضاء وبروز دور القاضي، ومع ظهور هذا النظام منعت الدولة على مواطنيها ورعاياها اقتضاء حقوقهم بأنفسهم حالة حصول اعتداءات على أي حق من حقوقهم، بل منحت لهم وسيلة قانونية للحصول على حماية حقوقهم وهذه الوسيلة القانونية تعرف بالدعوى القضائية.

وإذا كانت مسألة تحديد طبيعة النزاع في نظام القضاء الموحد لا تشكل أية أهمية تذكر باعتبار أن القاضي المختص في جميع أوجه النزاع هو قاض واحد فإن تحديد طبيعة النزاع في نظام الازدواج القضائي يكتسي أهمية بالغة باعتبار أن القاضي المختص وكذا القانون الواجب التطبيق سوف يكون مختلفاً حسب نوع النزاع أهو إداري أم عادي.

ولا ريب ان اساس خصوصية المنازعة الادارية عن المنازعات التي تنشأ بين الافراد يعود الى ان احد اطراف الخصومة في الدعوى الادارية هو هيئة تحكمها قواعد القانون العام وتمتع بصلاحيات السلطة العامة التي تخول لها حق التدخل والتدخل للقانون اللازمة عن طريق القرارات الفردية والتنظيمية وتنفيذها بوسائلها الخاصة من جهة، ومن جهة ثانية ان الدور المميز للإدارة يجعلها في مركز قوة يصعب معه المساواة بينها وبين طرف يفترض فيه انه ضعيف وغير قادر على مواجهة الإدارة وضمان حماية حقوقه.

ولضمان التوازن بين مصالح الافراد وتدخل الإدارة لتحقيق النفع العام وتأمين الفرد الذي قد يتضرر من اختلال هذا التوازن من ضمان حماية حقوقه منح المشرع للافراد حق اقامة الدعوى على جهة الإدارة (الدعوى الادارية). وقد درج فقه القانون الاداري الى تقسيم الدعوى الى اربعة انواع،^(١) وفقا للمدى السلطة التي يتمتع بها القاضي في كل منها، وهذه الدعوى هي:

وبداية عن دعوى التعويض أركانها

يكفي في دعوى الإلغاء أن يكون التضمن أن يكون صاحب حق وتعويضه عنه^(٢). كما أن الد

١ - د سعيد الحكيم الخامي القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٠٦.

(٢) أنظر الطعن المرقم ١٠٠

الفتاح محمد- دعوى

الحلّة الكبرى- ٢٠٠٨-

(٣) القرار المرقم ٤٩٨-

١ - ولا بد من الإشارة الى ان الفقه اليوم يتجه الى تقسيم الدعوى الادارية تقسيما ثنائيا، دعوى موضوعية (عينية) واخرى شخصية (ذاتية)، ويقوم هذا التقسيم على تطبيق الدعوى الى دعوى عينية واخرى ذاتية ويرتكز على طبيعة الموضوع فتكون عينية إذا كان المدعى فيها قد أسسها وحركها على أساس مركز قانوني عام وليس على أساس مركز قانوني ذاتي، ويندرج في إطارها دعوى الإلغاء، دعوى التفسير، دعوى الفحص وتقدير المشروعية، ودعوى النقص في الأحكام الإدارية والعمليات الانتخابية ودعوى الضريبة، وتكون ذاتية إذا حركت على أساس حماية مركز قانوني أو حق شخصي ذاتي، ويندرج في إطارها دعوى العقود الإدارية، دعوى التعويض أو المسؤولية، ودعوى التفسير التي تتعلق بحق أو مركز قانوني كالدعوى المرتبطة بتفسير بند من بنود العقد الإداري لمزيد من التفاصيل راجع: د حسن السيد بسبوني - دور القضاة في المنازعات الإدارية- دراسة تطبيقية للمقارنة للنظم القضائية في مصر وفرنسا والجزائر- القاهرة- ١٩٨١- ص ١٢٣، كذلك دماجيد- راجع الحل، القضاء الاداري، ١٩٨٥، ص ٢٦٠، وانظر كذلك: السيد خليل هيكل، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٢٨١.

١. دعوى الالغاء : وهي الدعوى التي يرفعها أي شخص - ما دامت له مصلحة - إلى القاضي الإداري، يطلب فيها إلغاء قرار إداري تنفيذه، بسبب عدم مشروعيته. فهي الدعوى التي يطلب فيها من القاضي الإداري الحكم بعدم شرعية قرار إداري وإلغائه وهدم آثاره.

وذلك يعني أن سلطة القاضي هنا محصورة في إلغاء القرار الإداري إذا ثبت عدم مشروعيته، والمطعون فيه حسب الإجراءات القانونية المقررة، دون أن يتعلق دوره إلى أكثر من ذلك فلا يمكن له إلزام الإدارة القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(١) بل حتى أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يتدخل في المنازعة الإدارية لأداء وظيفته من تلقاء نفسه، إنما عليه الانتظار حتى يرفع الأمر إليه عن طريق الدعوى الإدارية، وذلك لأن الدعوى الإدارية هي دعوى موضوعية، يكفي توافر مجرد المصلحة لقبولها، المهدف منها حماية مبدأ المشروعية.

وقد جاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر "أن دعوى الالغاء تختلف بداهة عن دعوى التعويض أركاناً وموضوعاً وحجيةً وأخص ما في الأمر أنه بينما يكفي في دعوى الالغاء أن يكون رافعها صاحب مصلحة فإنه يشترط في رفع دعوى التضمنين أن يكون صاحب حق أصابته جهة الإدارة بقرارها الخاطيء بضرر يرد رتقه وتعويضه عنه"^(٢). كما أن الطعن بالالغاء الموجه إلى القرار الإداري لا يشمل جميع

١ - د سعيد الحكيم الحامي ، الرقابة على اعمال الادارة ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص ٤٠٦ .

(٢) أنظر الطعن المرقم ١٥٠٠-٧-٨٣٢ و ٨ في ١٦/٥/١٩٦٥ أدارية عليا منشور في (-الدكتور عبد الفتاح محمد- دعوى الالغاء في ضوء أحكام المحكمة الادارية العليا - دار الكتب القانونية- المحلة الكبرى- ٢٠٠٨- ص ١٧.

(٣) القرار المرقم ٤٩٨-٤ في ٢٩/٦/١٩٦٣ منشور في د- خالد عبد الفتاح-المرجع السابق-ص ١٨

القرارات المرتبطة به أذا أنه لا يتناول من هذه القرارات إلا ما كان لاحقاً للقرار المطلوب الغاؤه أما القرارات السابق صدورها على القرار المطلوب الغاؤه فإن الطعن بالغائه لا يشملها^(٣).

لابد من التنويه من أن الخصومة في دعوى الالغاء تعتبر خصومة عينية، توجه للقرار الإداري ذاته بصرف النظر عن مصدره ويكون للحكم الصادر فيها حجية على الكافة ومن ثم فإنه يتعين النظر الى طبيعة القرار وقت صدوره، دون الاعتداد بطبيعة مصدره قبل هذا التاريخ، أو بتغير طبيعة مصدره أذا وقع هذا التغير في تاريخ لاحق على صدور القرار. وتذهب المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الشأن الى القول "أن الخصومة في دعوى الالغاء هي خصومة عينية مناطها اختصاص القرار الإداري ذاته استهدافاً لرقابة المشروعية - القرار الإداري - وهو موضوع الخصومة ومحلها في دعوى الالغاء - مؤدى ذلك - يجب أن توجه الخصومة بداءة الى قرار إداري موجود وقت رفع الدعوى وأن يظل موجوداً ومنتجاً لآثاره حتى الفصل فيها - الحكم بالغائه القرار الإداري الغاء مجرداً يصبح هذا القرار معدوماً قانونياً هووماً يترتب عليه من اثاره أي يعتبر كأن لم يكن وتمحى اثاره من وقت صدوره ولا يحتج به في مواجهة أحد - بحسبان - أنه لم يعد موجوداً وقابلاً للنفاذ - أثر ذلك - تكون الدعوى بطلب الغائه غير مقبولة لانقضاء القرار الإداري"^(٤).

وأستثناءً من ذلك أستقر القضاء الإداري المصري على قبول الدعوى أذا أكتسب القرار المطعون فيه صفته النهائية أثناء سير الدعوى، وهذا الاستثناء مناطه مرور بعض القرارات الإدارية بعدة مراحل تمهيدية قبل أن يصير نهائية بأعتمادها من السلطة المختصة كما هو الحال في القرارات التي المشرع صدورها في بعض اللجان على أن يعتمد ما انتهى اليه في هذا الشأن من السلطة المختصة.^(٥)

١. دعوى التعويض (القضاء الكامل) : وهي الدعوى التي يرفعها اصحاب الشأن من الافراد للمطالبة بالتعويض عما أصيبوا به من أضرار بسبب الأنشطة الإدارية أو قصد المطالبة بحقوق ذات طابع عقلي لمواجهة السلطات الإدارية التي تعقدوا معها. والملاحظ أن سلطات القاضي تعد واسعة أو كاملة بفرض إعادة الوضع الى ما كان عليه وإعادة الحق إلى صاحبه، وسلطة التعديل وسلطة إبدال عمل بالآخر.^(١)

أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بالالغاء بل لكل من القضاءين فلكه الخاص الذي يدور فيه، فالحكم المطعون فيه يكون قد أصاب وجه الحق إنما ما اتبع في سياسته الاصل التقليدي المسلم به، وهو أن العيوب الشكلية التي قد تشوب القرار الاداري فتؤدي الى ألغائه لاتصلح مع ذلك لزوماً أساساً للتعويض. وفي ذلك تقول المحكمة الادارية العليا في مصر "أذا كان المقصود من عرض القرار على قسم التشريع هو أساس الاطمئنان الى سلامة صياغة القرار، وأذا كان الرجوع الى لجنة البورصة لا يهدف ألا الى الاستئناس برأيها دون الالتزام به فإن أغفل مثل هذا الاجراء لا يمكن بداهة أن يقل عنه أنه جوهرى يوجب القضاء بالتعويض"^(٢)

٣. دعوى التفسير : هي الدعوى التي تتحرك بواسطة الدفع بالغموض والابهام واختفاء المعنى الحقيقي للقرار الاداري المعول عليه، وذلك لفض النزاع القائم حول مركز قانوني أو حق ذاتي بين طرفين أو أكثر متنازعين عليه. وغالباً ما تتحرك هذه الدعوى عندما تكون هناك دعاوى أصلية تنظر أمام جهات قضائية غير القضاء الإداري - وتكون مسؤولية تفسير القرارات الإدارية من اختصاص

١- د خالد عبد الفتاح - المرجع السابق - ص ١٥ الطعن المرقم ٥٩٤٢ ق- عليا في ٢٠٠٧/١٧/٤.

٢- د خالد عبد الفتاح - المرجع السابق - ص ١٦ أنظر الطعن رقم ٤٢٠ ق- عليا في ١٩٩٤/١٧/٤.

٣- د محسن خليل، قضاء الالغاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٩.

القاضي الإداري لا القاضي العادي - فتوقف الدعوى العلقية الأصلية عند
الرفع بموضوع قرار إداري له صلة بملف أو المركز القانوني محل الخصومة
المتروكة عليها في الدعوى العلقية الأصلية حيث يتوقف الفصل في هذه الدعوى
بكون صدور حكم نهائي فيها وتعرض حينها لتفسير القرار الإداري على
القاضي الإداري وفق دعوى مستقلة عن الدعوى العلقية وتسمى هذه الدعوى
بدعوى تفسير القرار الإداري حيث يقتصر دور القاضي الإداري في دعوى
التفسير على مجرد تفسير القرار الإداري وبين معناه أو بحث مشروعيته ومدى
مطابقته للقانون.^(١)

٤. دعوى العقب والزجر : وتشتمل في سلطة توقيع العقب على المخرجين عن مبدأ
المشروعية مثل توقيع العقوبات الجنائية على مرتكبي مخالفات الطرق العامة
وكذلك الأفراد الذين يعتدون على الملك العام.^(٢)

وأهم الدعاوى التي تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري في العراق هي
دعوى الإلغاء ودعوى القضاء الكامل، اذ تختص محكمة القضاء الإداري بالنظر في
صحة الأوامر والقرارات الإدارية ومشروعيتها (دعوى الإلغاء)، وسلطة تعديل القرارات
المطعون فيه والحكم بالتعويض عن القرارات الإدارية الضارة بناءً على طلب المدعي -
إن كان له مقتضى.^(٣)

ولما كانت دعوى الإلغاء الدعوى الأكثر أهمية في القضاء الإداري العراقي فإننا
سوف نحاول توضيح أحكامها بشكل عام فيما يلي باعتبار ان دعاوى القضاء الكامل لا
تختلف عنها الا في بعض الجوانب الشكلية .

١ - د. ماجد راغب الحلو - القضاء الإداري - ص ٢١٨

٢ - السيد خليل هيكل ، مصدر سابق ، ص ٣٦٣ .

٣ - يراجع نص المادة (١/ ثانياً - د) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة .

الفرع الاول

تعريف الدعوى الادارية وبيان خصائصها

للاحاطة بمفهوم الدعوى الادارية لابد اولاً من تعريفها وبيان معايير تمييزها، ثم بيان خصائصها ثانياً، وكما سيأتي:

أولاً - تعريف الدعوى الادارية:

من المنطقي انه لا يمكن لجهات القضاء التحرك تلقائياً - سواء للفصل في

منازعات الافراد او الرقابة على الحكومة - ولا بد من دعاوى يتقدم بها ذوو المصلحة

مطالبة الافراد او الاجراءات القانونية المقررة، تسمى الدعوى الادارية.

وفقاً للشروط والاجراءات الادارية، لابد من تعريف القرار الإداري كونه المنشئ للدعوى

وقبل تعريف الدعوى الإدارية، لابد من تعريف القرار الإداري كونه المنشئ للدعوى

الإدارية، فالقرار الإداري هو ((عمل قانوني يصدر من سلطة مختصة إدارياً بهدف إلى

إحداث أثر قانوني)). فإذا ما كان عيب يشوب هذا القرار فنكون أمام قرار غير مشروع

ما يؤدي إلى تراخ الإداري. بين السلطة التي أصدرت القرار وبين الفرد الذي تضرر من

جراه هذا القرار.

ولم تعرف الدعوى الإدارية تعريفاً كاملاً ومانعاً، إذ ما زالت اغلب المفاهيم

المتعلقة بها يتم استعارتها من قوانين المرافعات المدنية، نظراً لحدائثة فكرتها في القانون

الإداري.

ولكن قولنا هذا لا يعني أن للدعوى الإدارية مفهوماً مختلفاً عن مفهوم الدعاوى

القضائية الأخرى، إذ أن الدعوى سواء أكانت مدنية أم جنائية أم إدارية، ما هي إلا

وسيلة قانونية لحماية الحقوق أمام القضاء يتوجه بها الخصم إلى القضاء للحصول على

تقرير حقي له أو حمايته،^(١) وذلك من خلال طلب تحريري (عريضة دعوى) يوجه إلى

القضاء.

- د حسن سيد بسويوني - دور القضاء في المنازعة الادارية - مطابع الشعب - القاهرة -

وعلى أية حال فقد ورد من الفقه الفرنسي تعريفها بأنها " مجموعة القواعد المتبعة والمطبقة من أجل الوصول إلى حل قضائي للمنازعات التي قامت بسبب النشاط الإداري"، وعرفها آخرون بأنها " مجموعة القواعد المتعلقة بالنزاعات التي يثيرها نشاط الإدارة العامة بصرف النظر عن الجهة القضائية التي تختص بالنظر فيها"، في حين عرفها غيرهم بأنها " مجموعة المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة"^(١) أما من العرب فقد عرفها البعض بأنها " الوسيلة أو المكنة التي يخولها القانون للشخص في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بحقوق مستها تصرفات وأعمال الإدارة وأضرت بها"^(٢) وعرفها آخر بأنها " حق الشخص والوسيلة القانونية في تحريك واستعمال القضاء المختص، وفي نطق مجموعة القواعد القانونية الشكلية والأجرائية والموضوعية والمقررة للمطالبة بالاعتراف بحق أو للمطالبة بحماية حق أو مصلحة جوهرية نتيجة الاعتداء على هذا الحق أو هذه المصلحة بفعل الأعمال الإدارية غير المشروعة والضارة بالزالتها وإصلاح الأضرار الناجمة عنها"^(٣) وإيا ما كان تعريف الدعوى الإدارية، فلا بد لنا من الاعتراف بأنها كانت السبب في نشأة القضاء الإداري عموماً، فكما هو معلوم أن أغلب أحكام القانون الإداري قضائية المرجع، تستند إلى الأحكام القضائية، وإلى الدور الانشائي للقاضي الإداري في استنباط المبادئ العامة منها، لذا فجاء للبيان مدى تأثير الدعوى الإدارية في نشأة - بل وحتى تطور - القانون والقضاء الإداريين.

- ١ - عمار عوابدي - عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري - ج ١ - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨٢ - ص ٨٠.
- ٢ - د محمد الصغير بعلي - الوجيز في المنازعات الإدارية - دار العلوم للنشر والتوزيع - عنابة - ٢٠٠٥ - ص ١٢٢.
- ٣ - د عمار عوابدي - النظرية العامة للمنازعات الإدارية - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨٨ - ص ٢٣٠.

وحقيقة ان الادارة قد تدخل في نزاعات مع الافراد تقتضي اقلية الدعاوى بشأنها، يدفعنا الى التأكيد على ان الادارة قد تظهر بمظهرين، احدهما باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الافراد كما انها قد تظهر باعتبارها فرداً عادياً، ولكلا مظهري الادارة النزاعات التي تنشأ عنه، وهذا يؤدي بطبيعة الحال الى رفع دعاوى متباينة، اذ لا يصدق وصف الدعوى الادارية على دعوى اقيمت على الادارة باعتبارها فرداً عادياً والعكس صحيح.

لذا كان لا بد من ايجاد معايير تميز الدعاوى التي تقام على الادارة ان كانت دعاوى مدنية ام ادارية، وفقاً لطبيعة النزاع الذي تدخل فيه الادارة مع الافراد وقد نتج عن ذلك ثلاثة اتجاهات فقهية:

الاتجاه الاول : وقد اخذ هذا الاتجاه بالمعيار العضوي (الشكلي) : ومفاده أن النزاع يعد إدارياً عندما يكون أحد أطرافه شخصاً عاماً. بمعنى انه يحدد طبيعة الدعوى وفقاً لطبيعة الأشخاص اطراف النزاع، اذ يجب ان يكون احدهما على الاقل جهة ادارية، وهذا المعيار وإن اعتبر صائباً في نواح إلا أنه منتقد في نواح أخرى ذلك أن الشخص العام قد يظهر - كما اسلفنا - كشخص عادي كما أن هناك حالات يكون فيها شخصان طبيعيين ولكن قد يعتبر النزاع إدارياً كما إذا كانت الإدارة قد منحت لأحدهما امتيازات السلطة العامة.

الاتجاه الثاني : واخذ هذا الاتجاه بالمعيار الموضوعي : ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان النزاع يكون إدارياً إذا ما تعلق الأمر بنشاط الإدارة أو المرافق العامة، بمعنى انه يحدد طبيعة الدعوى الادارية وفقاً لموضوع النشاط محل النزاع، فان كان النشاط او العمل ادارياً كانت الدعوى كذلك، ورغم ان هذا المعيار قد يكون افضل من سابقه الا انه لم يسلم هو الآخر من النقد.

الاتجاه الثالث : وقد اخذ هذا الاتجاه بالمعيار المختلط، ونتيجة انتقاد المعيارين السابقين توجه البعض الى الدمج ما بينهما من اجل تحديد النزاع الاداري، فالنزاع يكون ادرايا اذا ما تعلق بنشاط تمارسه احدى الجهات الادارية، وسبب ضررا للافراد او كان يمس بعدم المشروعية.

ثانيا - خصائص الدعوى الادارية : تتميز الدعوى الادارية بمجموعة من الخصائص تجعلها ذات طبيعة خاصة تختلف عن الدعوى المدنية وباقي الطعون، وان كانت تشترك بلا ريب ببعضها مع غيرها من الدعاوى، وتمثل هذه الخصائص في:

١. الدعوى الادارية دعوى قضائية: ليست الدعوى الادارية مجرد تظلم او طعن اداري، لانها ترفع امام جهة قضائية تابعة للسلطة القضائية (المحكمة القضائية / مجلس الدولة)، بينما الطعون والتظلمات الادارية على اختلافها انما توجه وترفع امام جهة تابعة للسلطة التنفيذية، سواء في ذلك اكان النظام ولائيا ام رئاسيا ام وصائيا ام الى لجنة.^(١)

٢. الدعوى الادارية لها اجراءات خاصة ومتميزة : تتسم الاجراءات القضائية الادارية بمجموعة من الخصائص تطبعها وتميزها عن الاجراءات القضائية الاخرى (مدنية كانت ام تجارية) وسواء اكان مصدرها كتابيا (التشريع وبالذات قوانين الاجراءات والمرافعات)، ام شفويا يتمثل في الاجراءات القضائية الادارية التي ترسخت في ضمير المجتمع كمبادئ عامة للقانون مثل حقوق الدفاع والمواجهة وغيرها.^(٢) وسوف نحاول ايضاح سمات تلك الاجراءات فيما يأتي:

١ - د محمد الصغير بعلي - المرجع السابق - ص ١٢٣.
٢ - ويرى الفقه ان الاجراءات القضائية الادارية تطبعها الخصائص الاساسية التالية: (الكتابة - العلنية - السرعة - البساطة وقلة التكاليف - الطابع التحقيقي)، لمزيد من التفاصيل راجع: د. عمار عوابدي - النظرية العامة للمنازعات الادارية - المرجع السابق - ص ٢٥٥ وما بعدها، د محمد الصغير بعلي - المرجع نفسه - ص ١٢٣ وما بعدها.

١ - أنها إجراءات إيجابية : حيث يقوم القاضي الإداري بدور إيجابي في توجيه إجراءات الدعوى الإدارية، وتحمل عبء السير فيها، دون التوقف على ما قد تسفر عنه مناقشات الخصوم. ويبادر إلى اتخاذ إجراء معين أو قد لا يتخذ أي إجراء بشكل يساعد على التوازن بين متطلبات الوظيفة الإدارية وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم دون المحياز لأي من الطرفين، فالقاضي الإداري هو قاضي مشروعية^(١)

من ناحية أخرى وخلافا للطابع الاتهامي الذي يطلو على الإجراءات المدنية، حيث يكون لأطراف الدعوى سلطات واسعة في إدارتها وتسييرها بصورة يكون فيها القاضي حكما، فإن الإجراءات الإدارية القضائية تتميز بطابعها الاستقصائي والتحقيقي، نظرا لدور القاضي الإداري في توجيه الدعوى في كافة مراحلها وصلا إلى الحكم، إذ يكون له وحده سلطة تقدير مدى كون القضية مهيئة للفصل فيها^(٢)

ب- أنها إجراءات كتابية : إذا كان المبدأ العام السائد في المرافعات المدنية هو الشفوية، حيث يقوم الأطراف بطرح ما لديهم من أدلة إثبات، وما لديهم من دفعات بشكل

١ - عبد العزيز بديوي - الوجيز في المبادئ العامة للدعوة الإدارية وإجراءاتها - ط ١ - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧٠ - ص ١٦.

٢ - وقد يرى البعض أن هذا المصطلح غير دقيق لانه يخص أكثر الإجراءات الجزائية، فتعتقد انه ينبغي لبيان مقصدنا أن نأخذ كمعيار للتمييز دور القاضي القاضل في النزاع في مجرى وصيرورة القضية، فإذا كان دور القاضي في المرافعات (العادية) لا سيما المدنية منها هو دور سلبياً أي أنه يعتمد على ما يقدمه له أطراف الخصومة من أدلة ووثائق وإثباتات، أي أن الدور الأساسي والإيجابي يلعبه الأطراف، فإن الوضع مختلف بالنسبة للإجراءات الإدارية ففيها يؤدي القاضي دورا إيجابيا وأساسيا، فهو الذي يوجه الدعوى بل أكثر من ذلك يستطيع أن يطلب من طرفي الخصومة ولا سيما من الإدارة تقديم الأدلة والوثائق والبراهين التي يراها مناسبة للفصل في الدعوى ولا يكتفي بما يقدم له من الخصوم، كما أنه يستطيع أن يحقق ويدقق في هذه الوثائق وأن يطلب كل المعلومات والإثباتات الإضافية.

شفهي أمام القاضي، ويقتصر دور الكتابة على إعداد وتهيئة الدعوى وتقديم
صحيفتها، فإن الإجراءات القضائية الإدارية تغطي عليها السعة الكتابية، حيث
تمثل الشفافة فيها سوى مظهر استثنائي^(١) فالقاضي الإداري - قبل أن يفصل في
القضية - يكون كل طرف قد قدم مذكراته ودفعه من خلال تبليط المذكرات
والردود

وتبدأ مظاهر الكتابة على المستوى القضائي ابتداء من عريضة رفع الدعوى التي
تكون مكتوبة بصيغة وبشكليات معينة وينبغي أن تكون مصحوبة بقرار مكتوب
كشروط من شروط قبول عريضة الدعوى، وإذا كانت المرافعات المتعلقة بالقضاء العلي
تعتمد في جانب أساسي منها على المرافعات الشفهية فإن هذه الخاصية لا تتواجد في
الإجراءات الإدارية وبالتالي فإن كل إجراءات سير الدعوى تكون كتابية سواء تعلق
الأمر بتبليط المذكرات والمقالات أو تحديد مواعيد الرد ومواعيد تقديم الوثائق
والإثباتات أو غيرها.

ج- إجراءات سريعة وبسيطة: ان اعتماد الإجراءات الإدارية على توجيه القاضي من
جهة، وطبيعة الوظيفة الإدارية ودقة المواضيع التي تعالجها من جهة أخرى، تتطلب
أن تكون الإجراءات أمام القضاء الإداري سريعة الحسم، ولعل ذلك يرجع إلى
الصيغة غير المقتنة للإجراءات الإدارية ساعدت على أن تتسم هذه الإجراءات
بالبساطة والمرونة والتطور لمواكبة التطورات المستمرة في مجال القانون الإداري^(٢)

١ - د محمد الصغير بعلي - المرجع السابق - ص ١٢٤.

٢ - د حسن بسيوني، مصدر سابق، ص ١٩٤؛ وانظر كذلك: احمد كمال الدين موسى - طبيعة
المرافعات الإدارية ومصادرها - مجلة العلوم الادارية - العدد الاول - السنة ٩ - (حزيران)
١٩٧٧ - ص ٩.

د - اجراءات حضورية : تتسم الاجراءات الادارية بمخسصة المواجهة او الحضورية اي ان القاضي الاداري لا يستطيع الفصل في الدعوى على اسس مستند لم يتيسر لاحد الطرفين فرصة الاطلاع عليه ومناقشته وتقديم الملاحظات بشأنه وتعد الاجراءات حضورية بمجرد تبليغ المدعى عليه بعريضة طلبات المدعي سواء احضر ام تغيب، من جهة اخرى توسم الاجراءات الادارية بانها اجراءات شبه سرية، فإذا كانت المرافعات العامة تتميز بالعلنية والمرافعة من البداية إلى النهاية فإن الإجراءات الإدارية لها من الخصوصية ما يجعلنا نصنفها أنها إجراءات شبه سرية^(١) بمعنى أن الإجراءات منذ انطلاق الدعوى (تقديم العريضة) إلى غاية انتهاء المداولة في القضية تكون سرية، أي بين أطراف الخصومة أو محاميهم وتحت نظر القاضي دون غيرهم، غير أن النطق بالأحكام ينبغي أن يكون في جلسة علنية.

الفرع الثاني

تمييز الدعوى الادارية من الدعوى المدنية

اسلفنا أن الدعوى الإدارية وسيلة قانونية لحماية الحقوق أمام القضاء مثلها في ذلك مثل باقي الدعاوى، الا ان لتلك الدعوى خصائصها التي تميزها عن غيرها، والتي تجعلنا امام تساؤل مهم وهو ما هي عوامل تميز الدعوى الادارية من الدعوى المدنية؟ والحقيقة تمتاز الدعوى الادارية من نظيرتها المدنية من نواح عدة سنحاول فيما يلي بيان اهمها:

^١ - إن هذا التكيف له ما يبرره، فهو في الحقيقة نقطة التقاء أو مقابلة بين مبدأين أساسيين ، - مبدأ علانية الجلسات وهو مبدأ دستوري وقانوني والمبدأ ثاني يحكم تنظيم الإدارة والمرافق العمومية التابعة للدولة ألا وهو مبدأ السر المهني باعتبار أن الإدارة تعمل في إطار المصلحة العامة وهناك بعض الأسرار المتعلقة بأساليب عمل الإدارة وقد تمس الطابع الحيوي و الإستراتيجي لبعض منها والتي لا ينبغي الإفصاح والبوح بها لأي كان، وللمزج بين هذين المبدأين كانت الإجراءات الإدارية شبه سرية.

١. من حيث أطراف الدعوى : تمتاز الدعوى المدنية بالمساواة بين طرفيها من حيث المراكز القانونية على خلاف الدعوى الادارية التي تمتاز بان طرفيها غير متساويين في مراكزهما القانونية^(١) إذ ان أحد طرفي الدعوى الإدارية جهة إدارية تتمتع بالامتيازات التي لا يتمتع بها الطرف الآخر، ويترتب على عدم المساواة تلك نتيجتان غاية في الأهمية، الأولى ان تلك الامتيازات تجعل الادارة دوماً مدعى عليها، والثانية تقلص سلطة القاضي الإداري في مواجهة الإدارة في دعوى إلغاء، حيث لا يجوز له ان يحل محل الإدارة ويصدر أوامر لها، لان ذلك يعتبر تدخلاً في شؤونها، ويتعارض مع مبدأ استقلال السلطات العامة في الدولة ويقتصر دوره على الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه.^(٢)

٢. من حيث موضوع الدعوى : تمتاز الدعوى الادارية من المدنية من حيث الحق محل النزاع، وذلك نتيجة الاختلاف بينهما من حيث طبيعة الدعويين، فالدعوى المدنية ذات طبيعة ذاتية تتأثر بموقف طرفي الدعوى الشخصي أو ظروفهما وإرادتهما، لذا يكون الحق موضوع الدعوى حقاً شخصياً وهو ناشئ عن علاقة قانونية بين فردين عاقلين، أما في الدعوى الإدارية فهي ذات طبيعة موضوعية تتصل بمراكز أنشأها أو خلدها القانون، وهي قليلة التأثير بإرادة أطراف الدعوى أو ظروفهم الشخصية إذ إن الهدف أو الغاية المتوخاة منها بالدرجة الأولى هو حماية مبدأ المشروعية، ومن ثم فلا يشترط في من يارسها ان يكون صاحب حق شخصي بل يكفي ان يكون صاحب مصلحة فقط، بمعنى ان يكون التصرف الإداري الذي رفعت الدعوى بشأنه قد اثر في مركزه القانوني.

^١ - عدنان الخطيب - الاجراءات الادارية - جامعة الدول العربية - معهد البحوث والدراسات العربية - ١٩٦٨ - ص ١٨

^٢ - عبد العزيز خليل بدوي - المرافعات المدنية والتجارية كمصدر للمرافعات الادارية - مجلة الشريعة والقانون - جامعة صنعاء - العدد الاول - ١٩٧٨ - ص ١٤٥

٣. من حيث الجهة التي تتولى الفصل في الدعوى : ولا جدال في اختلاف الجهة التي تتولى الفصل والنظر في الدعوى الإدارية عن تلك التي تتولى الفصل والنظر في الدعوى المدنية، سواء أكان هذا الاختلاف من حيث طبيعة تشكيلها^(١) أو من حيث الاختصاصات التي تمارسها كل منهما. ويتولى مهمة نظر الدعوى الإدارية في العراق محكمة القضاء الإداري فضلاً عن مجلس الأنسداد العام والجهة المتخصصة في نظر الدعوى الإدارية في كل من فرنسا ومصر هي مجلس الدولة والمحاكم الإدارية التابعة لها.

٤. من حيث الاجراءات : فللإجراءات في الدعوى الإدارية كما اسلفنا مميزات وخصائص تختلف عما هو موجود في الدعوى المدنية كذلك يختلف دور القاضي في كل منهما.

٥. الدعوى الإدارية محللة على سبيل الحصر : لقد اسلفنا ان الدعوى الإدارية لا تخرج عن اطار اربعة انواع، بمعنى انها محللة على سبيل الحصر، في حين ان الدعوى المدنية لا تخضع لذات التحديد.

٦. من حيث حجية الاحكام : تتمتع الاحكام الصادرة عن القضاء الإداري بحجية مطلقة في مواجهة الكافة، في حين ان الأحكام المدنية تتمتع بحجية نسبية تقتصر على أطراف الدعوى.

المطلب الثاني

صلاحيات القاضي الإداري

ونقصد بذلك الصلاحيات التي يضطلع بها القاضي الإداري في الإثبات في مادة النزاع الإداري، لا سيما وأن تدخله محدد بثلاثة عناصر يتمثل الأول في خصائص السلطات التي تمارسها الإدارة، ويتمثل العنصر الثاني في المرجع الحقيقي في الإدعاء المثير للنزاع، وعنصر ثالث يتجلى في اللامساواة بين طرفي النزاع الإداري^(٢) فيكون

١ - د عمار عوابدي - الرقابة القضائية - المرجع السابق - ص ٨٢

٢ - دعلي محمد بدير، وآخرون - المرجع السابق - ص ٤٩٨.

تدخل القاضي الإداري على مستوى القضاء العادي أقل من تدخله في قضايا تجاوز السلطة لإثبات الحق المتنازع فيه.
إن عمل القاضي الإداري في دعوى الإلغاء (تجاوز السلطة) يتمثل بالأساس في أنه عمل تأويلي ومنطقي منهجية نصية وفقهية، في حين أنه عمل استكشافي في القضاء الكامل من خلال منهجية اختيارية تعتمد شتى وسائل الإثبات المادية وغير المادية والذي يسعى فيه إلى محاولة التوفيق بين متطلبات المرفق العام ومقتضيات المصلحة العامة وحقوق المتقاضين من جهة أخرى، وذلك من خلال مراقبة الحجج المدلى بها من قبل الأطراف^(١) فيكون القاضي الإداري بذلك مكلفاً بتشخيص القاعلة أو بإنزالها لمستواها المجرد الشمولي إلى حية الواقع والجزئيات فيمثل قول الحق الإنتقل من الكلي إلى الجزئي وعليه يبقى لكل طرف متقاض الحق في إثبات ما يدعيه ورفع طلب بذلك الحق إلى القاضي الذي له أن يقر أو ينفي جهة الحق، معتمداً في ذلك إلى ما توصل الأطراف لإثباته من وقائع لتأييد دعواهم، ومنهجاً نظاماً استقصائياً للبحث والتفتيش كما اسلفنا، ومنشئاً قواعد قانونية تتلاءم والمجال الإداري والتي من شأنها أن تضيف له. وسوف نحاول فيما يلي بيان صلاحيات القاضي الإداري في النزاع الإداري من خلال توضيح الدور الاستقصائي للقاضي الإداري من جهة، والدور الانشائي له من جهة أخرى.

المطلب الأول

الدور الاستقصائي للقاضي الإداري

إن دور القاضي الإداري في الإثبات لا يقتصر على تطبيق ما جاءت به أحكام قانون الإثبات أو غيرها من النصوص القانونية الأخرى في النزاعات الإدارية، بل أنه يتعلق جميعها دون المساس بما تحتويه من مبادئ، وذلك في سبيل تحقيق التوازن بين

١ - د علي محمد بدير، وآخرون - المرجع السابق - ص ٤٩.

متقاضيين متفاوتي الدرجة عن طريق أخذ كل المبادرات ووسائل البحث والإستقراء للكشف عن الحقيقة، ويترتب على ذلك تجاوز القاضي الإداري لمفهوم الحياد المعروف من جهة، ومباشرة الإداري لأعمال البحث والتحقيق من جهة ثانية.

الفرع الأول

تجاوز القاضي الإداري لمفهوم الحياد

إن مبدأ الحياد يمنع القاضي المدني من أن يؤسس قناعته على عناصر الإثبات المدلى بها من غير الأطراف، وعليه فلا يجوز له أن يتدخل تلقائياً في البحث عن الحقيقة، بما يعني عدم اتخاذه أي مبادرة في الإثبات.

ويختلف الأمر بالنسبة للقاضي الإداري، فهو على عكس نظيره القاضي المدني يتجاوز مفهوم الحياد وذلك نظراً للعلاقة المتفاوتة بين أطراف الدعوى، لذلك فإننا نجد القاضي الإداري مرتكزاً على تفحص الأسانيد والنظر في جديتها وأحياناً يقوم بتغيير أسانيدها وعدم التقيد بما تمسك به الخصوم.

وقضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية متواتر في هذا الشأن، فقد ورد في عديد من قراراتها ما نصه " ... على أن تطبيق القانون من اختصاص المحكمة وهو داخل في إطار وظيفتها القضائية ولها أن تكيف الدعوى التكيف القانوني السليم بل لها حتى تغيير أسانيدها القانونية دون التقيد بالأساس الذي أورده المدعي في عريضة الدعوى شريطة عدم تغيير موضوع النزاع والإقتصار على اعتماد الوقائع التي لها أصل ثابت في أوراق الملف".^(١)

فالقاضي الإداري ليس متجاوزاً لحدود سلطته إذا ما أستلهم إرادة الأطراف من محتوى عريضة الدعوى إذا أسأوا التعبير عنها، كما يمكن له أن يصحح السبب القانوني للمطلب، ويستمد القاضي الإداري دوره هذا من طبيعة الإجراءات الإدارية

١ - حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٧٥/٢٣ - ص ٣٣٤

التحقيقية. ومن ثمة يملك أن يصحح أو يستلهم إرادة الخصوم فلا يلزم بتكليف الخصوم لهذه الوقائع أو الطلبات بل له أن يستلهم ما تتضمنه طلبات الخصم المصرحة من طلبات ضمنية^(١).

إذا لا بد للقاضي أن لا يحتكم لا للمدعي ولا للخصم، وأن يكون حلياً غير منحاز، مستقلاً تمام الاستقلال، لا إضطراراً عليه ولا رغبة عنده ولا طمعاً به ولا يأساً منه، وهو ما نص عليه تطبيقاً لمبدأ أعم مفاده أن إنعقاد الخصومة لا يتم مبدئياً إلا برغبة من أحد طرفي النزاع، فيخضع ذلك النزاع لسيطرة الأطراف من حيث نشوئه ومن حيث أنقضائه لا سلطان للقاضي عليه، إلا من خلال وجه الفصل فيه معتمداً على ما أستند عليه الأطراف من دلائل وحجج لإثبات دعواهم فيكون بمثابة الآلة التي تزود بمواد القضية لاستخراج فيما بعد حكماً^(٢).

لكن على فرض قبول أن ذلك يستقيم كلما كان النزاع يهم مصالح الخصوم، فإن النتيجة ستكون عكسية حتماً كلما كان النزاع يتعلق بمصلحة المجموعة أو الصالح العام وهو ما أنتهجه القاضي الإداري أثناء تعهده بنزاع يكون طرفه متقاضياً عادياً وسلطة إدارية يتعين في نشاطها تحقيق الصالح العام، فتقبل بذلك هذه القاعدة شيئاً من التوسع في التطبيق خاصة.

فيكون بالتالي على القاضي وجوب الكشف على الحقيقة المنشودة ولا يتسنى إدراكها إلا بتصور جديد لوظيفة القاضي الإداري في النزاع المدني تتعدى مقتضيات الحياد التي تجرد القاضي من كل نفوذ في تسير الدعوى خاصة.

^١ - جمال مولود ذيبان - ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد - ١٩٩٢ - ص ٧٧.

^٢ - د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧١ - ص ٣٨٢.

وإن متقاضي القضاء الإداري ليس بالضرورة متساوياً من حيث المقدرة على الإقناع وبسط الحجج وهو ما يدعو القاضي الإداري إلى إعمال سلطاته من أجل تحقيق التوازن بينهما خاصة وأن النزاع الإداري يضع وجهاً لوجه المواطن العلي الضعيف والإدارة القوية لما لها من صلاحيات ودوايب مختلفة، ملتزماً بذلك بوضع نظام للتصور والإدراك لكي يرد إليه معطيات القضايا التي تعرض عليه وهذا النظام يسبق في وجوده تلك القضايا، فالطريقة التي يلجأ إليها القاضي تنقيد بالقضية ذاتها فيما تثيره وعلى ارتباطها بالنتائج القضائية التي تتصل بها والتنويه بها في الأحكام وتبريرها فتقرب بهذه الطريقة من منهج العلوم الرياضية حيث تتعلق بالقاعدة والبرهان.

ولأن المدعين في النزاع الإداري غير قادرين على الإطلاع على ملفاتهم بالإدارة فإن القاضي الإداري هو قاضي الإثبات وهو الذي يسير مباشرة إجراءات الإثبات وسيطر عليها ويراقبها سواء في دعاوى تجاوز السلطة أو التعويض الإداري حرصاً منه على إعادة التوازن بين الطرفين، يخرج عن حياده نحو البحث والاستقراء باعتماد منهج الإجراءات الإستقصائية التي تسمح له بالتعامل مع وسائل الإثبات تعاملات كشافياً - تفتيشياً كالذي يتوخاه القاضي الجزائي يلتزم فيها تكييفاً مبدئياً من خلال تصور نظام معين لمواصلة الخوض في القضية منشأ إجراءات قانونية تماشى والقضية من خلال فهمه وإدراكه.

الفرع الثاني

مباشرة القاضي الإداري لأعمال البحث والتحقيق

إن القاضي الإداري يتجاوز مبدأ الحياد في السير بالنزاعة الإدارية حيث يتأسس تدخل القاضي الإداري أساساً بالنظر في ما يشكله الإثبات من صعوبات أثناء المنازعة الإدارية، فتخضع هذه الأخيرة إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري الذي له أولاً تقدير عدم التوازن بين الأطراف وثانياً محدودية الطرف المقابل للإدارة في الإثبات.

لقد اسلفنا ان الاجراءات الادارية تتسم بانها ايجابية، حيث يقوم القاضي الإداري بدور إيجابي في توجيه إجراءات الدعوى الإدارية، وتحمل عبء السير فيها، وتأكيداً على الموقف الإيجابي للقاضي، فإن له من تلقاء نفسه أن يتخذ ما يراه صليماً لإجراءات الإثبات، فله - في سبيل تكوين إقتناعه السليم - أن يأمر أو يأذن بتعيين خبير لإثبات مسألة فنية واقعية معينة،^(١) مكرساً بذلك القاعدة القانونية الواردة بقانون الإثبات العراقي في المادة (١٣٣) منه "إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر، على أن يكون عندهم وثراً ممن ورد اسمه في جدول الخبراء أو ممن لم يرد اسمه في الجدول، وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معين تتولى المحكمة تعيين الخبير".

إن القاضي الإداري في لجوئه إلى ذلك الإجراء في الواقع يكون بهدف سعيه إلى التحقق من مسألة فنية لا تدخل ضمن طبيعة عمله القضائي وهو تقريباً الإجراء الأكثر إعمالاً في القضاء الإداري، ويكون بذلك اللجوء إلى الإختبار إما من القاضي الإداري إذا ما رأى لزومه لفض النزاع أو بطلب من أحد الخصوم الذي له أيضاً رفض إتخاذ مثل ذلك الإجراء.^(٢)

ويملك كذلك القاضي الإداري سلطة الأخذ بنتيجة ذلك الإختبار أو تركه شريطة تعليل سبب عدوله عن ذلك الأخذ بنص حكمه، بحيث تكون له الهيمنة الكاملة في تقدير ذلك مالحاً لنفسه مزيداً من السلطة في تحري الحقيقة بعيداً عن الأوراق المطروحة أمامه، وهي التي غالباً ما تحجب عنه جانباً من الحقيقة سواء أكان ذلك عن تعمله الخصوم أو عن جهل منه، بما هنالك من أدلة تؤيد مزاعمهم أو عجز عن تقديم تلك الأدلة والوصول بدعواهم إلى الحكم لصالحهم.^(٣)

١ - أحمد نشأت - رسالة الإثبات - جزآن - ج ٢ - القاهرة - ١٩٧٤ - ص ٤٣٢.

٢ - توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ١٩٠.

٣ - محمد العشماوي . وعبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن - المطبعة النموذجية - القاهرة - ١٩٥٨ - ص ٥٩٧.

فمنذ أن يتقدم الخصوم بإدعاءاتهم الى القضاء يصبح القاضي الإداري سيد التحقيق - واعتباراً لدوره الإيجابي في البحث عن الحقيقة - فإنه يضحى له من السلطات ما للقاضي الجزائي من أعمال البحث والتحقيق على أن نلاحظ أن ذلك يكون فقط في النزاعات التي من شأنه - أي القاضي - أن يقدر أن ملف القضية فيها لم يكتمل بعد من خلال ما قدم من مستندات لفض النزاع، أو نتيجة طلب من أحد الخصوم، الذي له أيضاً رفض اتخاذ مثل ذلك الإجراء.^(١)

وطالما أن النزاع يقوم بين غير أكفاء وذلك لوجود شخص عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة في مواجهة شخص آخر لا يتمتع بهذا القدر من تلك الامتيازات لذلك كانت إجراءات الدعوى الإدارية وفقاً لطبيعتها الإيجابية بيد القاضي فهو الذي يباشره ويمكنه أن يطلب من الإدارة تقديم كافة الأوراق والمستندات التي يرى لزوم فحصها وله أيضاً أن يخرج عن قواعد الإثبات المدني لتحقيق التوازن بين أطراف الدعوى وللقاضي الإداري وفي إطار سلطته التحقيقية والاستقرائية أن يأمر بإجراء المعاينات اللازمة لإستكمال البحث، وتعد المعاينة وسيلة موضوعية للتحقيق لا تعتمد على عناصر شخصية وإنما تستهدف حصول القاضي بنفسه على معلومات تتعلق بوقائع متنازع عليها في مكانها.^(٢)

١ - ياسين خضير عباس السعدي (نائب المدعي العام) - الخبرة في الدوى الجزائية - بحث مقدم الى المعهد القضائي كجزء من متطلبات الدراسة القانونية المتخصصة العليا - القسم الجنائي - ١٩٨٩ - ص ١٩.

٢ - ولا بد من الإشارة الى ان المعاينة تختلف عن الخبرة أساساً إذ أن الأولى تستهدف إثبات الوجود المادي لحالة الأشيئ في حين أن الثانية تعتبر استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين عقيدته وتضمن رأياً فنياً علمياً بنهأ على أبحاث خاصة فنية. راجع : والدنا القاضي حسين الشمري - الخبرة في الدعوى المدنية - بحث مقدم لنيل الترقية الى الصنف الاول من صنوف القضاة - بغداد - ١٩٩٧ - ص ٢٠.

وللقاضي لتأكيد قناعته أن يتوجه الى عين المكان لإثبات صحة الوقائع وإجراء التحقيقات اللازمة خصوصاً إن تعلل عليه الإطلاع على بعض الوثائق التي لها من الأهمية أو على درجة من السرية عالية لا تخول للرئيس الإداري سلطة التصريح بإخراجها من الجهة الإدارية^(١)

وتبدو المعاينة وسيلة ناجعة غالباً ما يلجأ إليها القاضي الإداري لتقسيم حكمه وقد انعكس ذلك عبر العديد من القرارات القضائية، نورد على سبيل المثال ما ورد بالحديث حيثياتها " وأنه أثناء المعاينة التي قام بها القاضي الإداري تبين له أن الأسباب التي تذرعت بها البلدية لرفض الترخيص للمدعي في إتمام بنائه فاقلة لكل مؤيد من الواقع والقانون " ^(٢)

وليس على القاضي الإداري حرية اتخاذ ذلك الإجراء فحسب وإنما عليه وجوب مواجهة الخصوم بتلك الإجراءات أي وجوب إخبار الخصوم بنتيجة المعاينة المجرى حتى يتمكنوا من الدفاع عن مصالحهم، وعلى القاضي تبليغ ذلك المنطوق إلى من لم يحضر من الخصوم في اليوم الذي تم تحديده سلفاً لأبلاغ الطرفين نتيجة الإجراءات وإلا كان قرار القاضي الإداري معرضاً للنقض وأبطال الإجراءات المتخذة^(٣) خصوصاً وإن هذا الأخير في انتهاجه لإجراءات البحث والاستقراء والتفتيش يسلك ذلك المنهج الحر في الإثبات الذي يرمي إلى تمكين القاضي الإداري من سلطة مطلقة في البحث عن الحقيقة^(٤).

١ - القاضي حسين الشمري - الخبرة - المرجع السابق - ص ٢١.

٢ - حكم المحكمة الإدارية رقم ١٩٩٤/٢٣٤ - غير منشور.

٣ - أنظر القرار التمييزي الصادر من محكمة التمييز في العراق المرقم ٨٣٠/ج/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٧/٦.

والذي جله فيه "أن الكشف الذي أجرته المحكمة كان بغياب الطرفين. وهذا غير صحيح لأن حضورهما أو حضور أحدهما ضروري لتعين الملك المراد إجراء الكشف عليه فقرر نقض

الحكم" منشور في بحث القاضي حسين الشمري - المرجع السابق - ص ٢٠.

٤ - د فتحي والي - قانون القضاة المدني - بيروت - ١٩٧٠ - فقرة ٣٤٢ - ص ٧١.

فلا يقبل أن يكون صمت أحد الطرفين طريقة للدفاع عن نفسه خلسة إذا ما كان هذا الطرف الإدارة التي تمتلك كل الوسائل والحجج لترسيخ قناعة القاضي بصحة أو تفنيد ادعاءات خصمها، لذلك فإن القاضي الإداري يسعى إلى كشف الحقيقة طبقاً لما يخوله له القانون من سلطات.

فله مطلق الحرية في الإذن باتخاذ إجراءات أخرى خلافاً لإجراءات الإثبات أو له ألا يأمر بها حتى وأن أصر الخصوم على طلبها، وعند حكمه يبقى له كذلك الحرية في أن يستخلص قضائه طبقاً لما تضمنه ملف القضية ليطمئن فيها التفتيش إلى عدالة المحكمة.

المطلب الثاني

الدور الإنشائي للقاضي الإداري

لقد تعامل القاضي الإداري في تطبيقه لمبدأ البيئة على من أدعى تعاملاً مرناً خاصة في دعاوى القضاء العادي، وذلك بأن سجل تدخلاً هماً للإستدلال على قرينة خطأ الإدارة مغيراً بذلك محل الإثبات. إلا أنه من الملاحظ أن هذا المبدأ قد أفرغ من كل محتواه حيث نجد القاضي الإداري قد سجل في ميدان قضاء الإلغاء دوراً ريادياً يضغط به، وقد تجسّد في تدخله الكامل لإقرار أو دحض سلامة المبنى المالي والقضائي لذلك القرار وذلك على مستوى الموضوع، منشئاً بذلك قاعة حديثة مفلاها يكمن على مستوى الاجراء، وسوف نبين ما تقدم فيما يلي:

الفرع الأول

على مستوى الموضوع

يتمتع القاضي الإداري إلى جانب دوره الإجرائي كذلك بدور موضوعي في مسألة النزاع الإداري، حيث تجسّد بكل وضوح دوره الإنشائي الخلاق في قلب موازين عبء الإثبات من خلال إعتماده على جملة من القرائن القضائية يستدل بها الواقع

المجهول من الواقع المعلوم، فهو لا يخلق المبادئ القانونية العامة من العدم وإنما في الغالب يستعين بها لاستقراء الحقيقة.

إلا أن هذا الدور الإنشائي يكون ضعيفاً للغاية في حالة استمداد المبدأ من الأصول الدستورية أو العقيلة السياسية المسيطرة عن طريق استعارته من نظم قانونية مماثلة أو قريبة، إلا إنه يزيد وضوحاً عندما يقرر القاضي المبدأ بالاستعانة بطبائع الأشياء أو أخفاً بما تمليه العدالة، حيث يلجأ القاضي الإداري إلى أعمال القرائن ليتجاوز ما يجهله من حقيقة الوقائع فتمكنه بالتالي من فرض سيطرة القانون على الوقائع، وذلك بإعماله في إطار القضاء العادي لقرينة الخطأ كأداة إثبات في النزاع الإداري الذي يستهدف الإقرار بمسؤولية الإدارة عن الأعمال التي أذنت بها أو عبر إعمال قرينة عدم المشروعية وذلك في دعاوى تجاوز السلطة.

فبالنسبة لدعاوى المسؤولية الموجهة ضد عمل إداري فإن الدور الإنشائي للنقاضي يبرز من خلال تجاوزه لإعمال تلك القرينة وليس هذا وحسب بل يفترض أيضاً قرينتي المسؤولية والعلاقة السببية، أما في دعاوى تجاوز السلطة فقد تظهر دوره الإنشائي خاصة على مستوى اعتماده لقرينة الشرعية اعتماداً أحدث معه أثراً هامة على مستوى قلب نظام عبء الإثبات.^(١)

فإذا كان تدخل القاضي الإداري في قضاء الإلغاء يتسلط مباشرة على قواعد الإثبات بالتحقيق أحياناً ويقلب مبدأ البينة على من إدعى، فإن تدخله في القضاء الكامل يتسلط على القواعد الأصلية ملخلاً عليه تعديلات تكون بحسب الأحوال بحيث يكون تدخل قاضي الشرعية كاملاً في دعاوى تجاوز السلطة وذلك بالزام الإدارة بكاهل الإثبات.

^١ - د عبد الغني بسيوني - المرجع السابق - ص ٦٦١.

وذلك الدور يتقلص على مستوى القضاء العلي حين مساندته للمدعي منظور الإدارة لإثبات الخطأ المرفقي خاصة وأن هدف القاضي في الإثبات يتمثل أساساً في بلوغ الحقيقة، مستبدلاً بذلك الوقائع الأصلية بالوقائع البديلة يتحول بمقتضاهما محور النزاع إلى النقاش حول مدى ثبوت تلك الوقائع البديلة متوخياً فيها القاضي الإداري قواعد المنطق معتمداً تمهيداً ذهنياً للاستدلال على المجهول بما هو معلوم لديه فتبقى بذلك القرائن القضائية من صنع القاضي والتي ليست إلا تجسماً للصلاحيات العلة له في ميدان الإثبات^(١)

بحيث يكفي ثبوت مثل ذلك الخطأ لتصبح الإدارة مدينة من أجل الضرر الذي تلحقه بالغير بدون حق" وبالتالي فإنه يتسنى للقاضي الإداري افتراض خطأ الإدارة في توسيع مفهوم عبارة " بدون حق" لتشمل إلى جانب الخطأ الثابت الخطأ المفترض فيبقى بذلك خطأ الإدارة مبنياً على فكرة سوء التنظيم أو التقصير أو الإهمل أو عدم الاحتياط أو عدم العناية وبذلك ما يكفي في تسير المرفق العمومي.

وهذا ما أستقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية حيث أنتهت إلى التسليم " وفي مضممار المسؤولية الموجهة ضد المؤسسة الإستشفائية إزاء المرضى الذين تقع معالجتهم داخلها على أن هناك قرينة خطأ محمولة على كاهل المرافق العمومية لتلك المؤسسات، كلما تعرض المريض إلى ضرر ببذنه".^(٢)

وأعتبر القضاء المذكور تلك القرينة أساساً خطأ مفترض يتمثل بحسب الحالة أما في سوء المعالجة أو في عدم بذل عناية كافية أو إهمل أو تهاون أو غير ذلك من المفورات المهنية التي نتج عنها ضرر بدني أو معنوي للمريض يترتب عنها نقل لعبء

١ - د محسن خليل - قضاء الالغله - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٨ - ص ٢٩.

٢ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٩٩٤/٢٣ في ١٩٩٤/٥/٢٠.

الاثبات على عاتق الإدارة التي يفترض في نشاطها الخطر والتي يكرس من خلالها القاضي الإداري مبدأ البيئة على من إدعى. وقد أعلن القاضي الإداري عن هذا المبدأ في إحدى قراراته التي جاء في مضمونها " وحيث وخلافاً لما جاء بهذا الدفع فقد استقر فقه القضاء الإداري على اعتبار أن عبء الاثبات في قضايا تجاوز السلطة محمول على كاهل الإدارة وأن كل عمل إداري يمارس في نطاق السلطة التقديرية للإدارة يخضع للرقابة الدنيا للقاضي الإداري وأن من عناصر هذه الرقابة التثبت من أن القرار المنتقد لم يكن مبنياً على وقائع غير صحيحة أو على خطأ فاحش في تقدير الوقائع".^(١)

فيتسع بذلك دور القاضي الإنشائي في هذا المجال بقبوله مختلف وسائل الاثبات المقلمة من طرف الإدارة هذا إلى جانب عدم إلزامها بإثبات كل الوقائع إذ لا يستلزم لمشروعية القرار المشكو منه ثبوت كل الوقائع التي انبنى عليها مادامت الوقائع الأخرى التي برهن عليها التحقيق كافية لتبرير القرار المتخذ بل يكفيها من المعطيات ما تؤسس قناعة المحكمة بصحة الوقائع.

الفرع الثاني

على مستوى الإجراء

أن العمل القضائي الذي يهدف إلى قول الحق هو قول فصل يستوجب شديد التحقيق. لذلك فقد سعى القاضي الإداري إلى تحقيق مقتضياته بإظهار الحق لا يستوجب مواجهته من قبل الإدارة بمقتضيات السر الإداري لأنه سيكبل هذه المساعي وسيمنع عنه عمله القضائي الذي يتمثل في فصل القضايا بين المتقاضين وسيجد نفسه مغلولاً بقيود سر الإدارة فتحجب عنه الحقيقة الصحيحة.^(٢)

^١ - حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٢٤/١٩٩٥ في ١٩٩٥/٨/٢١.

^٢ - أدم وهيب النداي - شرح قانون الاثبات - بغداد - ١٩٨٦ - ص ٢٣٩.

فلذا ما أمسكت الإدارة المؤيدات المثبتة للحق في النزاع أمام عدم تملك القاضي الإداري للوسائل القانونية والنجعة لجبرها على الإمتثال للطلب فإن الحق بذلك سوف يهدر والعدل سوف يخشى ضياعه لذلك كان لا بد لفقهاء القضاء الإداري أن يعلن مبدأ مفاده إذن القاضي الإداري للإدارة بالإدلاء الجبري بالمؤيدات التي تكون تحت نفوذها إذا ما تراءى لها لمجاعتها لوجه الفصل في القضية ومنه فإن له أن يصدر أوامر للإدارة بتسليم الملفات والأوراق التي يرى ضرورتها في التحقيق وليس للإدارة أن تمتنع عن ذلك تحت لواء غياب نصوص قانونية.^(١)

ويمكن القول أن القانون المصري انتهج نفس المنهج إذ جاء النص فيه على أن " كل من حاز شيئاً أو أحرز به يلتزم بعرضه على من يدعي حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعي به من حيث وجوده ومداه فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن ولتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند لإثبات حق له".^(٢)

إن حضور القاضي الإداري يكون حضوراً إجبارياً في مختلف مراحل النزاع وذلك نظراً للمنهج الذي أنتهجه وهو منهج الإجراءات الإستقصائية بغية إعادة التوازن بين متقاضين غير متساويين، ولما كانت تلك غايته فإنه لا يجوز معه والحل تلك معارضة بالسر المهني بعدم مله بالمستندات، وكذلك تمكين القاضي الإداري من المعلومات المطلوبة خاصة إذا كانت تلك الوثائق والمستندات أو الوسيلة المنشودة مرتبطة بجوهر نشاط ذلك العمل التي ترجح كفة جهة الحق، وهو الحال لدى القاضي الجنائي الذي قيد في علة مناسبات بقانون العقوبات .

١ - أنظر المادة ((٩-٥٣-٥٨)) من قانون الاثبات العراقي.

٢ - أنظر المادة (٢٧) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

غير أنه وإن أحاط المشرع السر المهني بكل هذه العناية الفائقة خلقة إنشائه سر
الإدارة ومنه سر الدولة فإنه وأمام ما للقاضي الإداري من سلطات إستقرائية
وصلاحيات خوله له القانون للبحث عن الحقيقة أنى على إنشاء مبدأ خلاق وفي إطار
النزاع الإداري أخرج تحت عنوان عدم مجابهة القاضي الإداري بالسر المهني طملاً لأن
الإدارة هي من تمتلك تلك الوثائق والمعلومات وطملاً أن الطرف المقابل لها ليست له
القدرة على مجابهة تلك الصعوبة فكان عليه وبما له من سلطات واسعة جبرها على
تقديمها بحيث يكون تضلع الإدارة بالصمت بعدم تقديمها حجج بإعتبارها مكسوة
بالطابع السري غالباً ما تواجه بالرفض مما يستوجب تنقله على عين المكان والإطلاع
على تلك المستندات التي استحلت تمكين المحكمة منها.^(١)

- أنظر المادة (٨٨) من قانون الإثبات العراقي. والمادة (٤/سابعاً) من قانون أنضباط موظفي الدولة
والقطاع الاشتراكي رقم (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل. المادة (٥٣) من قانون ضريبة الدخل رقم ١١٣
لسنة ١٩٨٢ المعدل والمادة (٤٣٧) العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

الفصل الثاني

خصوصية وسائل الإثبات لدى القاضي الإداري

إن جوهر التكامل بين هذين الصنفين من القضاء في الحقيقة يرجع إلى حقيقة القانون الإداري^(١) فهو قانون حديث نسبياً لم يلق العناية الفارقة لتحديد قواعد إجرائية وقواعد إثبات خاصة به مثلما كان عليه الأمر في القانون الخاص. هذا إلى جانب التسليم بأنطبق المبادئ العامة للقانون الخاص على جميع النزاعات الإدارية. إذاً فهذه الاستقلالية لا يمكن أن تحجب عنا حقيقة العلاقة الجدلية والتي مفعلاً التكامل بين هذين الفرعين من القانون ولجوء القاضي الإداري إلى قانون المرافعات المدنية أو غيرها من القوانين الإجرائية عند الحاجة ولمصلحة القضاء وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن النظام القانوني للإثبات المعتمد لدى القاضي الإداري.

لذا فانتنا سوف نبين طبيعة وسائل الإثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري ثم نخرج على تكامل وسائل الإثبات بين القضاء الإداري والقضاء العلي.

^١ - د ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - المجلد الأول - ١٩٦٦ - ص ٨٩ وما بعدها.

المبحث الأول

طبيعة وسائل الأثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري

لا ريب إن محكمة القضاء الإداري تمثل جهة القضاء الإداري بالنسبة للدولة العراقية، والتي يجسد وجودها استقلال القضاء الإداري عن القضاء العلي إلا أن القضاء الإداري في العراق ما زال حتى اليوم غير منظم في إطار هيكل قضائي وإجرائي متكامل.

وبما أن الجهة المختصة بنظر المنازعات الإدارية عامة هي محكمة القضاء الإداري ذلك أن وجود مجلس الانضباط العام، باعتباره الجهة القضائية الإدارية التي تمارس اختصاص النظر في نوع واحد من المنازعات الإدارية، ونقصد بها المنازعات الوظيفية فإن دراستنا للقضاء الإداري سوف تركز خصوصاً على محكمة القضاء الإداري^(١). وفي هذا الاتجاه يمكن القول بأن المحكمة تمثل منظومة قائمة بذاتها نظراً لما يربط بها من اختصاصات ونظراً لما تلتزم به من إجراءات قضائية مميزة للقضاء الإداري ونظراً أيضاً لتنوعية الأعضاء الذين يؤدون في نطاقها وظيفة الفصل في المنازعات الإدارية^(٢) بما معناه وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي الخاص بحيث تكون

١ - أن الواقع العملي يقتضي أحياناً منح الصلاحيات القضائية الى بعض الجهات الإدارية من لجان ومجالس، وهو ما أخذ به المشرع العراقي من النص في بعض القوانين على أخراج أحكامه من اختصاص القضاء الإداري ومن ذلك قانون الإصلاح الزراعي رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٠ المادة ٣٠، قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ المادة (٩٦/أولاً).

٢ - د محمد علي جواد - القضاء الإداري - بغداد - بدون سنة طبع - ص ٣٠. تتألف محكمة القضاء الإداري برئاسة قاضي من الصنف الأول أو من مستشار في مجلس شورى الدولة وعضوين من القضاة لا يقل صنفهما عن الصنف الثاني أو من المستشارين المساعدين. أنظر المادة السابعة فقرة ثانياً من رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩.

محكمة القضاء الإداري مختصة لوحدها بنظر أي نزاع تكون الإدارة طرفاً فيه معتمدة لإثبات الحق فيه بين متنازعين متفاوتين أي نظام قانوني خاص بالإثبات لا يعتمد مبدأ إثبات موحد بينه وبين القضاء العادي الخاص بل نظام له خصوصية مستندة إلى وسائل إثبات يعتمد فيها القاضي الإداري إلى الإثبات الحر.

إلا أنه ورغم تأكيد المشرع على مبدأ ازدواجية القضائية في ظل القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم (٩٥) لسنة ١٩٧٩، إلا أننا نلاحظ أن هذه الاستقلالية لم تأت مطلقة إذ نجد المشرع في كل مرة مؤكداً على منهج توزيع الاختصاص بين القضائين الإداري والعادي ليضيف نوعاً من التكامل بينهما.

لذلك فإننا نجد القاضي الإداري على عكس القاضي العادي معتمداً على وجدانه وقناعته لتحقيق العدالة والحفاظ على المصلحة العامة وذلك بتكريس مبدأ حرية الإثبات، إلا أنه تجدر الإشارة أنه بالرغم من استقلالية القضاء الإداري عن القضاء العادي فإن القاضي الإداري يبقى دائماً في حلة إلى القواعد القانونية المدرجة بالقانون الخاص مما يخلق تكاملاً بين القضاء الإداري والقضاء العادي من حيث وسائل الإثبات المعتمدة من قبل القاضي الإداري والقاضي العادي.

المطلب الأول

تكريس مبدأ حرية الإثبات

رغم تأثير القانون الإداري بمبادئ القانون الخاص إلا أنه يتمتع باستقلاله الذاتي وقد ترجعت هذه الاستقلالية وهذه الخصوصية من خلال تفرد بنظر منازعات خاصة وذلك بتحديد اختصاص جهة القضاء الإداري بالنسبة لبعض الأصناف من النزاعات بقوانين خاصة، وذلك بالأعتماد على وسائل إثبات تعكس مبدأ الإثبات الحر التي تعود إلى علة ممرات تاريخية وأخرى موضوعية التي ظهرت على صعيد الاختصاص الكلي

للمحكمة الإدارية وعموماً في مجال القضاء الكامل، وليبيان ذلك لابد من التطرق الى
مبررات مبدأ حرية الاثبات وطبيعة النزاع الإداري.

الفرع الاول

مبررات مبدأ حرية الإثبات

على عكس القاضي العادي الذي يخضع أثناء فصله في النزاع المعروض عليه الى
النظام القانوني المقنن، والذي يلتزم باحترام احكامه عند النطق بالأحكام في القضاء
المعروضة عليه، في اطار القانون الخاص، فإن القاضي الإداري أتى على تجاوز هذا النوع
من النظام القانوني وذلك من خلال ما تميز به القانون الإداري منذ نشأته، فالفصل
الإداري على عكس القضاء الخاص او العادي يجمع دائماً بين خصمين متفاوتين تكون
الإدارة دائماً طرفاً قوياً في كل نزاع إداري نظراً لما تتمتع به من خصائص السلطة
العامة والتي تكون في أغلب الأحيان بمركز الطرف المدعى عليه.

وحدثة نشأة القانون الإداري تجعله يتفرد ببعض الخصوصيات التي تميزه عن
فروع القانون الأخرى، فهو فضلاً عن كونه حديث النشأة فهو قانون قابل للتطوير،^(١)
وإذا نظرنا في مراحل تطور القانون الإداري في العراق لأمكننا ملاحظة أنه بدأ بالظهور
شيئاً فشيئاً الى ان ارسى اساسه بصورة متينة في العراق، لقد اسلفنا انه ومع بداية
تكوين الدولة العراقية أكتفى الدستور العراقي لعام ١٩٢٥ ونص في المادة (٧٣) من
أعطاء الولاية للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الاشخاص في العراق في كل
الدعوى والامور المدنية والجزائية التي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها.

وينفس المنحى ذهب قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ من
الاشارة الى حق القضاء العادي تجاه جميع الأشخاص طبيعية كانت أم معنوية بما في ذلك

^١ - دعلي محمد بدير، دعصام عبد الوهاب البرزنجي، دمهلي ياسين السلامي - المرجع السابق -

للمحكمة الإدارية وعموماً في مجال القضاء الكامل، وليبيان ذلك لابد من التطرق الى
مبررات مبدأ حرية الاثبات، وطبيعة النزاع الإداري.

الفرع الأول

مبررات مبدأ حرية الإثبات

على عكس القاضي العادي الذي يخضع أثناء فصله في النزاع المعروض عليه الى
النظام القانوني المقتن، والذي يلتزم باحترام احكامه عند النطق بالأحكام في القضايا
المعروضة عليه، في اطار القانون الخاص، فإن القاضي الإداري أتي على تجاوز هذا النوع
من النظام القانوني وذلك من خلال ما تميز به القانون الإداري منذ نشأته، فالقضاء
الإداري على عكس القضاء الخاص او العادي يجمع دائماً بين خصمين متفاوتين تكون
الإدارة دائماً طرفاً قوياً في كل نزاع إداري نظراً لما تتمتع به من خصائص السلطة
العامة والتي تكون في أغلب الأحيان بمركز الطرف المدعى عليه.

وحدثة نشأة القانون الإداري تجعله ينفرد ببعض الخصوصيات التي تميزه عن
فروع القانون الأخرى، فهو فضلاً عن كونه حديث النشأة فهو قانون قابل للتطوير،^(١)
وإذا نظرنا في مراحل تطور القانون الإداري في العراق لأمكننا ملاحظة أنه بدأ بالظهور
شيئاً فشيئاً الى ان ارسى اساسه بصورة متينة في العراق، لقد اسلفنا انه ومع بداية
تكوين الدولة العراقية أكتفى الدستور العراقي لعام ١٩٢٥ ونص في المادة (٧٣) من
أعطاء الولاية للمحاكم المدنية حق القضاء على جميع الاشخاص في العراق في كل
الدعاوى والامور المدنية والجزائية التي تقيمها الحكومة العراقية أو تقام عليها.

وبنفس المنحى ذهب قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ من
الأشارة الى حق القضاء العادي تجاه جميع الأشخاص طبيعية كانت أم معنوية بما في ذلك

١- دعلي محمد بدير، دعصام عبد الوهاب البرزنجي، دمهدي ياسين السلامي - المرجع السابق -

الحكومة وفي كل الدعاوى والأمور المدنية والتجارية، وقانون السلطة القضائية رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٣ من حيث سريان ولاية المحاكم في العراق على جميع الأشخاص الطبيعية منها والمعنوية ومن ضمنها الحكومة وتختص بالفصل المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثني منها بنص خاص.^(١)

ثم عرف العراق بموجب القانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧ ما يسمى بالمحاكم الإدارية وهي محاكم كانت تختص - كما أسلفنا - بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الوزارات ومؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي بصرف النظر عما إذا كانت المنازعات ذات طبيعة إدارية أو مدنية، وقد تم إلغاء هذه المحاكم بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٨ (قانون تعديل قانون النظام القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩)، وأن كل البعض لا يعد هذه المحاكم شكلاً من أشكال القضاء الإداري.^(٢)

كما عرف العراق قضاء مجلس الانضباط العام الذي يتولى مهمة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الموظف والدولة استناداً الى قانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي (١٤) لسنة ١٩٩١ المعدل وقانون الخليفة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل، والانطلاقة الحقيقية كانت للقضاء الإداري في العراق بصدر قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شوري الدولة عام ١٩٨٩ الذي تضمن انشاء محكمة القضاء الإداري.

أما في خصوص الإثبات ونظامه القانوني فإن محكمة القضاء الإداري غالباً ما اعتمدت في قضائها على ما أتى به قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل. اذ احال قانون مجلس شوري الدولة المعدل فيما يتعلق بإجراءات المرافعة الى قانون المرافعات المدنية، اذ نصت المادة (٧/ ثانياً - ح) على " تسري في شأن

١ - أنظر المادة (٧٣) من القانون الاساسي لعام ١٩٢٥. وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨

لسنة ١٩٥٦ الملغى. وقانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣.

٢ - د. مازن. ليلو راضي - المرجع السابق - ص ٩٥.

الإجراءات التي تتبعها المحكمة فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية وأحكام قانون الرسوم العدلية بشأن استيفاء الرسوم عن الطعون المقدمة إليها ...".

غير أن هذه المرحلة من عدم الاستقلالية التامة لقضاء محكمة القضاء الإداري في اعتماد نظام خصوصي للإثبات يتماشى وطبيعة النزاع المعروض عليها والذي أنشأه قانون مجلس شورى الدولة المعدل وفقاً لأختصاص المحكمة بالنظر في صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والتعويض عنها بأن وضع له حدود نظراً لما يفرضه من تقنين للإجراءات لديه من جهة، ومن جهة أخرى لما وقع من استكمال لأجهزتها القضائية وكذلك ليُجعل من القضاء الإداري قضاءً مستقلاً بذاته يكون في غنى عن اللجوء إلى قانون المرافعات المدنية، من خلال خلق فقه قضائي إداري يساعد على فهم نصوص القانون بروحها وفحواها لا بنصوصها.

وبالتالي فإذا كان فقه القضاء يتمثل أساساً في الحلول التي يتوصل إليها القاضي الإداري عند فصله في المنازعات الإدارية فإن فقه القضاء الإداري هو الذي يعلن عن المبادئ العامة للقانون والتي تشكل بدورها مصدراً من مصادر القانون الإداري، وفي هذا الصدد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٦٥) لسنة ١٩٥٥، بشأن تنظيم مجلس الدولة المصري: "أن القانون الإداري يفرق عن القوانين الأخرى كالقانون المدني أو التجاري في أنه قانون غير مقنن وأنه مازال في مستقبل نشأته وما زالت طرقه وعرة غير معبلة، لذلك يتميز القضاء الإداري بأنه ليس مجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني بل هو في الغالب قضاء أنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة بين الأفراد، وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص"^(١) ويتميز بالتالي بقابليته للتطوير وذلك بحسب مستجدات ومتطلبات الأوضاع ووفق ما تقتضيه المصلحة العامة.

١ - د توفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٨٨-٨٩. ويعلق الدكتور مهنا على المذكرة فيقول: "بأن القضاء الإداري لا يبتدع فقط الحلول المناسبة للمنازعات التي تعرض عليه، ولكنه ينشئ المبادئ القانونية العامة التي يستتبط منها تلك الحلول". أنظر الدكتور محمد فؤاد مهنا-

إن حداثة نشأة القانون الإداري مقارنة ببعض فروع القانون الأخرى كالقانون الجنائي أو القانون المدني أو القانون التجاري جعلت من قواعده غير مدونة في نص تشريعي واحد يكون شاملاً لجميع القواعد الكلية والجزائية التي تحكم تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ومنازعاتها على نحو يبرز انسجام تلك القواعد في إطار نظرية علمة متسقة فما لحده في مجال القانون الإداري هو مجموعة من النصوص التشريعية المتناثرة^(١) تضاف إليها نسبة ملحوظة من القواعد القانونية غير المكتوبة وهو ما جعله يتميز عن بقية فروع القانون الخاص مستقلاً عنها ولكن هذا الاستقلال النسبي للقانون الإداري لم يكن في الحقيقة إلا بسبب ما أثبتته التجربة وكون بعض نصوص القانون المدني لا تتلاءم مع المستلزمات الخاصة بسير المرافق العمومية وليس هناك من شك في صعوبة تطبيقها في إدارة العلاقات بين المرافق العمومية والأفراد وذلك لتباين الحالات بينهما.

وتخضع بالتالي الأطراف المتنازعة التي لم يحدها ولم يحصرها القانون إلى اعتماد وسائل إثبات حرة تهدف إلى توسيع قناعة القاضي الإداري فتخضع بالتالي إلى رقابة وتقديره لدى جدية تلك الوسائل المقدمة من قبل الأطراف سعياً منه لإثبات الحق المتنازع فيه، لذلك فإنها تتميز عن تلك الوسائل المقننة والمحصورة في القانون الخاص لتستقل بذلك من نظام الإثبات المقنن إلى نظام الإثبات المعنوي.

القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني - المجلد الأول - القاهرة - ١٩٦٧ - ص ٨٧.

١- أنظر المادة (١) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ " جمهورية العراق دولة اتحادية واحدة مستقلة ذات سيادة كاملة، نظام الحكم فيها جمهوري نيابي (برلماني) ديمقراطي، وهذا الدستور ضامن لوحدة العراق " و المادة (١٩) الفقرة خامساً منه " المتهم بريء حتى تثبت أدانته..... الخ. " المادة (٢٣) "لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون".

هذه الحرية في الإثبات التي يتميز بها القانون الإداري أتت بغاية إعلاء التوازن بين أطراف النزاع التي غالباً ما تكون غير متساوية إذ تكون الإدارة الطرف الأقوى بينما يكون مركز خصمها في مرتبة أقل، وذلك للاعتبارات المتأتية من خصوصية مركز الإدارة وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة لذلك فإن القضاء الإداري لم يجد غير مقيد بوسيلة معينة من وسائل الإثبات يكون قد نص عليها القانون الخاص.

وفي القضاء الإداري عامة يجوز الالتجاء إلى جميع طرق الإثبات دون التقيد بأحكام قانون المرافعات المدنية ذلك أنه في النزاع الإداري من الجائز أن يتم اللجوء إلى جميع طرق الإثبات دون التقيد بأحكام قانون المرافعات المدنية، إلى جانب ما يتمتع به القضاء الإداري من خصوصية على مستوى وسائل الإثبات المعتمدة الخاضعة لمبدأ الإثبات الحر المتأتية من طبيعة النزاع القائم بين الإدارة التي يتأرجح مركزها بين مدعية ومدعي عليها، وبين خصمها، فإنها بالتالي أصبحت تتمتع كذلك باستقلالية قضائها الإداري حيال القضاء العلي.

الفرع الثاني

طبيعة النزاع الإداري

طلما أن خصوصية وطبيعة النزاع الإداري تقتضي اختصاص محكمة القضاء الإداري بكل مراحل التقاضي في الدعاوى التي تكون الإدارة فيها أحد الخصوم، لا سيما وأن القانون الإداري هو جملة تلك القواعد القانونية المتميزة والمختلفة عن قواعد القانون الخاص والتي تحكم الإدارة من حيث تنظيمها ومن حيث نشاطها بما يترتب على هذا النشاط من منازعات تكون متماشية مع طبيعتها ومع وظائفها ومع مقاصدها التي تتلخص في تحقيق المصلحة العامة الأمر الذي يفرض ألا تعامل الإدارة كما يعامل الأفراد^(١)

١ - د محمد نؤاد منها - المرجع السابق - ٨٣

وبصدور القانون قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة التعلق
بتحديد الاختصاص محكمة القضاء الإداري، وكذلك استحداث المحكمة الاتحادية العليا
بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا والتي أكدها الدستور
العراقي النافذ لعام ٢٠٠٥ استناداً للمادة (٩٢) - أولاً منه ، ، حيث تم إعطاء اختصاص
النظر في الطعون المقدمة في أحكام محكمة القضاء الإداري للمحكمة الاتحادية .

إن قواعد القانون الإداري هي قواعد متغيرة وغير مثبتة إذ هي قواعد مرنة تطور
حسب المستجدات وطبقاً لما تتطلبه المصلحة العامة، مما يجعله مختلفاً نوعياً عن فروع
القانون الخاص بحيث يركز بالأساس على فكرة عدم التوازن بين أطراف النزاع من
ذلك أن الإدارة تتواجد في مرتبة أعلى من الأطراف المتقابلين في النزاع مما يكسبه
خصوصية لما للإدارة من سلطات في اتخاذ قرارات نافذة.^(١)

وبتوفر تلك المعايير يصبح مقتضاها ذلك النزاع مقيداً بقوانين إجرائية خصة
وعليه يحتكم القاضي الإداري لفض النزاع إلى أحكام قانون المرافعات المدنية كمبادئ
عامة وفقط في صورة عدم وجود نص خاص بالقانون الإداري، طالما لم تتعارض نصاً
وروحاً مع ما جاء به من قواعد وأحكام خاصة.^(٢)

وبالتالي فإن القاضي الإداري غير ملزم بالالتجاء إلى أحكام قانون المرافعات
المدنية إذ أنه لا يلجئ إليه بأعتبره ملزم له وإنما بأعتبر أن تلك الأحكام نفسها
تقتضيها طبيعة القضاء الإداري وعلاقات وروابط القانون العام.^(٣)

-
- ١ - د شاب توما منصور - القانون الإداري - الكتاب الاول - ١٩٨٠ - ص ٣٠ وما بعدها
 - ٢ - الأستاذ ضياء شيت خطاب - حول قانون الاثبات (طاولة مستديرة) - مجلة العدالة - العدد الثاني - السنة السادسة - ص ٣٤٠
 - ٣ - فيدل - الاسس الدستورية للقانون الإداري - مجلة وثائق مجلس الدولة الفرنسي - ١٩٥٤ - ص ٢٢١

وبالتالي فإن على القاضي الإداري أن يستوحي مبادئ القانون الإداري لتعديد
الحلول المناسبة التي تتماشى مع ما هو معروض عليه في النزاع وذلك من خلال حرية
القاضي في استعمال نظام إثبات دون غيره .
إن النزاع الإداري الذي يقتضي دوماً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً علماً
ويمثله بصفته هذه التي تبيح له بعض مظاهر السلطة العامة التي تمثلت في مقدرته على
التزام الغير بإرادته المنفردة عن طريق ما يصدره من قرارات إدارية والتي يمكن أن تنفذ
مباشرة دون الحاجة إلى استصدار أحكام قضائية، أو ما يتمتع به من سلطة الاستيلاء
ونزع الملكية من أجل المصلحة العامة أو تضمين ما يبرمه من عقود إدارية شروط
استثنائية غير مألوفة في أحكام القانون الخاص، فهذا النزاع الإداري يدور موضوعه
حول حق من الحقوق الإدارية يكفلها المشرع للأشخاص لحماية حقوقهم من خلال
التعهد بمهمة الفصل فيها إلى قاضي متخصص وذلك لإمكانية مواجهة الإدارة عن
طريق القضاء.^(١)

المطلب الثاني

مظاهر مبدأ حرية الإثبات

إن المنازعات الإدارية كغيرها من المنازعات الأخرى لا يمكن للقاضي أن يتدخل
فيها من تلقاء نفسه وإنما لا بد من تحريكها من أحد أطراف الخصومة ويكون المدعي
عادة وذلك ليفصح عن إرادته في الالتجاء إلى القضاء لحماية مركز قانوني له ضد

١ - د شاب منصور- المرجع السابق - ٤٥٨ . وأنظر في ذلك قرار محكمة تمييز العراق
المرقم ١٤٥/حقوقية/١٩٦٥ والذي جاء فيه "...لما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من
أجل أنشئه مرفق عام ، متوسله في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة في
العقود المدنية : فإجراء مناقصة عامة واشترائط تأمينات وغرامات تأخيرية ، فيكون عقداً
إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود
الإدارية من تحقيق مصالح كبرى تعلو على مصالح الأفراد الخاصة... ولا جناح على المحاكم إذا
ما طرح عليها نزاع حول هذه العقود أن تمارس مهمة القضاء الإداري وأن تلتزم في قضائها ما
جرى به الفقه والقضاء الإداري".

اعتناء أو تعسف الإدارة^(١) ويبرز ذلك إما من خلال تجاوز الإدارة لتلك السلطة التي
بمهدتها أو عدم مطابقة أو ملائمة القرار المتخذ من قبل الإدارة للاحكام القانونية
الموضعية أو الإجرائية المنبثقة عن الدستور أو الاتفاق الدولي أو القانوني أو المبدأ
العام للقانون أو من القرارات الإدارية الأعلى منه درجة في سلم القرارات الإدارية أي
سلم الشرعية الداخلي^(٢).

وبالتالي يكفي أن يكون للطاعن مصلحة ما في إلغاء القرار الإداري حتى يكون
طعنه مقبولاً من حيث شروط المصلحة إذ يعتمد القضاء الإداري مفهوماً واسعاً مرناً
للمصلحة في التقاضي كلما تعلق الأمر بدعوى تجاوز السلطة كذلك يمكن إذا ما ثبت
الضرر الذي تكون الإدارة قد ألحقته بأحد الأشخاص أو مجموعة من الأشخاص
الحصول على تعويض في شكل مبلغ مالي جبراً للضرر^(٣) وذلك عن طريق دعوى
التعويض.

الفرع الأول

على مستوى دعاوى الإلغاء

يتبلور مبدأ الإثبات الحر من خلال الاختصاص الكلي لمحكمة القضاء الإداري
على مستوى دعوى الإلغاء التي ركزها المشرع العراقي انطلاقاً من القانون رقم ١٠٦
لسنة ١٩٨٩ وفقاً للبند (ثانياً) من المادة السابعة بتحديد جهة الاختصاص بالنظر في
صحة الأوامر والقرارات الإدارية التي تصدر عن الموظفين والهيئات في دوائر الدولة

١ - د. ماجد راغب الحلوي - الدعاوى الادارية (دعوى الالفه - دعوى التعويض - دعوى
التأديب - طرق الطعن في الاحكام الادارية) - منشأة المعارف بالاسكندرية - الاسكندرية -
٢٠٠٤ - ص ٤٤١.

٢ - أنظر في هذا الشأن حكم محكمة القضاء الاداري رقم ٢٠٠٤/٥ في الدعوى رقم ٣٩/قضاء
أثاري/٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٣/١٧ غير منشور.
٣ - د. عبد الغني بسيوني - القضاء الاداري - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٦ - ص ٤٩٦.

والتعويض عنها المتعلق بمحكمة القضاء الإداري، والتي يمكن تعريفها بأنها " الدعوى التي ترفع إلى محكمة القضاء الإداري بهدف الحصول على إلغاء قرار صادر عن إحدى السلطات الإدارية بناءً على ادعاء بأن هذا القرار جاء مخالفاً للمشروعية " وعليه فلا المدعي يكفي له إثبات وجود مصلحة للقيام بالطعن دون تكون هناك صلة مباشرة.

شخصية بين المصلحة والقرار وتبقى في الحقيقة متعلقة بتقدير القاضي^(١). كذلك تقدير مدى إثبات المدعي انجاء الإدارة لتوفير الشروط اللازمة للقرار المطالب بالغائه وذلك من كونه من طرف واحد موجوداً وقابلًا للتنفيذ وأن يكون له أثر ثابت على مصلح أو حقوق الغير وأن لا يكون خاضعاً لنظام قضائي آخر منفصل عنه وأخيراً بإثبات كونه قراراً غير شرعي مضرًا بمصلحته لا سيما وأن القرار الإداري مبني على قرينة الشرعية أي أنه مفترض فيه احترام للقوانين ينتج عنه سلامة مبنه المالي أي شرعية الوقائع التي تأسس عليها القرار وكذلك سلامة المقصد بما معناه المهدف الذي حمل الإدارة على اتخاذ هذا القرار لاسيما وأن يفترض في القرار غير المسبب أنه قائم على سببه الصحيح وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل على ذلك^(٢).

أن دعوى الألغاء ليست دعوى يتقابل فيها طرفان بل هي دعوى تتميز بكونها تبرز طرفاً واحداً وهو القائم بالدعوى من جهة وقرار إداري صادر عن سلطة إدارية من جهة أخرى لذا نجد أن فقه القانون الإداري أخذ منذ مئة في إدخال تعديل على المقولة التي بمقتضاها ينظر إلى دعوى الألغاء كقضية مرفوعة على قرار إداري وليس على

- ١ - د محمد عبد السلام مخلص - نظرية المصلحة في دعوى الألغاء - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨١ - ص ٧٩.
- ٢ - دعصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية - ١٩٧١ - ص ٢٥٣ وما بعدها.

السلطة الإدارية ذاتها ويعتبر جانب من الفقه أيضا أن دعوى الإلغاء ترفع في العلاقة
لطرفين تبرزهما القضية المعروضة على القاضي الإداري^(١)

ويسمى القاضي الإداري ضمن هذا الصنف من الدعاوي إلى إلغاء أو نقض
القرار الإداري بما له من سلطة تقديرية لتقدير الوقائع وحتى في تقييم السلطة
لتقديرية الراجعة للإدارة، وإنما له فقط أن يعتمد وسائل الإثبات المقدمة من الأطراف
للتقابلة مع الإدارة والبحث في مدى قدرتها على إثبات جانب التعسف بتخلها ذلك
القرار بحيث تكون الوسائل المقدمة متعلقة فقط بشرعية القرارات الإدارية ومحولة
رفع دعوى الإلغاء في حالات معينة قد حصرها المشرع في القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩
المتعلقة بتحديد الاختصاص للمحكمة القضاء الإداري (المادة السابعة/ثانيا) "يعتبر من
سباب الطعن بوجه خاص ما يلي: ١- أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة
للقانون أو الأنظمة والتعليمات" وبمعنى آخر أن تكون الإدارة طرفاً مدعى عليها غير
مختصة أو خرقت الصيغ الشكلية الجوهرية أو أخطأت في تطبيق قاعدة من القواعد
القانونية وإما أن تكون قد انحرفت بالسلطة أو بالإجراءات^(٢) فيكون بذلك على
الأطراف المدعية في اتجاه الإدارة إثبات وجود ذلك القرار المطعون فيه وكذلك إثبات
الصلحة للقائم به، وبالتالي فإن كل احتجاج أمام محكمة القضاء الإداري بانحراف

١- حسن السيد بسيوني - دور القضاء في المنازعات الإدارية - دار الشعب - القاهرة - ١٩٨١ - ص ٤٤.

٢- تنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢: "يشترط في طلبات
إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن علم الاختصاص أو عيباً في الشكل
أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو أساءة استعمال السلطة".
لمزيد من التفصيل أنظر د. محسن خليل - قضاء الإلغاء - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٩ - ص ٧٢، ٧٣.

الإدارة بالسلطة يجب أن يكون معللاً، أي على مدعيه إثباته وعلى محكمة القضاء الإداري استنتاج وجوده من أوراق ملف القضية ومن خلال عملها الاستقرائي للدعوى المرفوعة لديها وذلك باعتماد القاضي الإداري للمنهج الاستقصائي يركز على ملف الإثبات الحر وتؤكد هذه الحرية بأعتماد وسائل غير تلك التي يعتمد عليها القاضي المدني لإثبات النزاع الإداري.

الفرع الثاني

على مستوى دعاوى التعويض

إن دعوى التعويض والمتمثلة أساساً في دعوى المسؤولية تهدف إلى الحصول على تعويض في شكل مبلغ مالي جبراً للضرر الذي تكون الإدارة قد ألحقت به الأشخاص أو بمجموعة من الأشخاص، وما من شك أن دعوى التعويض هي أحد أبرز الدعاوى في ميدان القضاء الإداري إلى جانب دعوى الألغاء^(١) على أن هذا النوع من الدعاوى يهدف في حقيقة الأمر إلى استرجاع الحقوق وتنفيذ الالتزامات وهي دعاوى يرجى من ورائها الاعتراف بما للمتقاضين في القضاء الإداري من حقوق والتزامات أو امتيازات سواء كانت عقدية أو شبه عقدية أو مرتبة عن جنح أم كانت أحادية^(٢).

١ - د عبد الغني بسيوني - المرجع السابق - ص ٦٦١.

٢ - أنظر قرار محكمة القضاء الإداري في مصر - جلسة ٦/٥/١٩٥٣ - السنة السابعة - ص ١٠٩٨. والذي جاء فيه ((أن ظروف الحال وملابساته ترشح للاعتقاد بأن الإدارة أن فصلت المدعي أن انما انسأقت الى ذلك بسبب أصرار العملة على موقفه من المدعي موقفاً لم يصدر منه الا عن ضغائن شخصية لا تمت للصالح العلم بسبب، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد وقع مخالفاً للقانون)). أشار اليه د حمدي ياسين عكاشة - القرار الاداري في قضاة مجلس الدولة - الاسكندرية - ١٩٨٧ - ص ٥٦٧.

إن القضاء الكامل هو قضاء حقوقي يتعين فيه على القاضي أن يوازن بين طرفين متنازعين في حقوقهما إذ يستوجب نظره في الواقع وفي القانون أي النظر في مدى إخلال الإدارة لأحد التزاماتها التعاقدية أو أضرارها التي ألحقتها بالمدعي بسبب إغفال العمومية التي أذنت بها أو بمناسبة أعمالها الإدارية غير الشرعية.

ثم يكون العمل القضائي والبحث في النصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع بحسب الأحوال وطبيعة النزاع، فالوقائع لها تأثير خاص وحلسم على تطبيق القانون والقاضي يكتشفها بمقتضى منهجيته التي تعتمد شئاً وشأناً الإثبات المادية وغير المادية^(١) وذلك لإثبات الوقائع التي هي عبارة عن الأحداث التي تشكل ملابسات القضية التي انبنى عليها خطأ الإدارة وذلك لتحقيق تحكيم حصول ذلك الخطأ وأوصافه ليستند عليها القاضي الإداري لتحقيق تحكيم شمل من حيث الوقائع ومن حيث القانون، ومنه فإن على المدعي في إطار القضاء الكامل إقناع الدليل على الوقائع أما ما صعب منها فهو غير ملزم بها ويبقى للقاضي الإداري مهمته النظر في ذلك.

إن القضاء الكامل هو أولاً وبالذات قضاء مدني مزدوج الطبيعة يعتمد على جانب إقصائي كنتيجة لتفاوت طرفي النزاع من جهة وهو اتهامي لطبيعته الحقوقية من جهة أخرى، وبالتالي يتعين على القضاء أن يوازن بين طرفيه المتفاوتين، ومن ذلك فإن الإدارة تعتبر تلقائياً كطرف أعلى من الفرد، وفكرة علوية الإدارة على أفراد المجتمع تشكل جوهر الفلسفة التي يقوم عليها القانون الإداري الذي بني عليها ضرورة توفير قانون خاص بالإدارة حتى لا يقع إخضاعها لذات القانون الذي يحكم علاقات الأفراد وسائر أشخاص القانون الخاص فيما بينهم.^(٢)

١ - د أدورعيد - قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية - بيروت - ج ١ - ١٩٦١ - ص ٢٧.
٢ - د أحمد عثمان هيد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - رسالة دكتوراه - القاهرة - ١٩٧٣ - ص ٦٨.

لذلك فإن حرية الأطراف في اللجوء إلى حرية الإثبات في القضاء الإداري من حرية كاملة نظراً لغياب عنصر تقنين تلك الوسائل من جهة، وغياب تقييد القاضي الإداري بحدود من جهة أخرى، وبالتالي فإنه على المدعي أن يثبت في إطار دعوى التعويض ارتكاب الإدارة للخطأ.

أما إذا كانت المسؤولية المثارة غير مبنية على خطأ أو إذا كانت هذه المسؤولية متمخضة عن أضرار مرتبطة بأشغال عمومية فلا يطالب المدعي بإثبات خطأ ما ارتكبه الإدارة، وإنما عليه فقط أن يبين وجود علاقة بين الضرر الحاصل وعمل أو فعل أو تصرف الإدارة وبصورة عامة، ومهما كانت الحالة فإن الإثبات يمكن أن يتم في دعوى التعويض بجميع الوسائل، وللقاضي أن يتدخل أيضاً من أجل التوصل إلى إثبات المطلوب.^(١)

وقد أكد مجلس شوري الدولة في هذا الصدد في أحد قراراته أن ((.. مادة القضاء الإداري عامة يجوز الالتجاء إلى طرق الإثبات دون التقيد بأحكام مواد قانون المرافعات المدنية أو قانون الإثبات "وحيث أن عملية الهدم المذكور هي بعكس العقود من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بجميع الوسائل ... "))^(٢)

والقرار التمييزي ((وحيث أن محكمة القضاء الإداري أخطأت لما امتنعت عن سماع بينة للمدعي بعلّة أن هذا الإجراء يعد من باب تكوين حجة للمدعي، ذلك أنه مادة الخصام الإداري من الجائز أن يقع الالتجاء إلى جميع طرق الأثبات دون التقيد بأحكام مواد قانون المرافعات المدنية أو قانون الإثبات)).^(٣)

١ - د هاشم الحافظ - محاضرات في الإثبات - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٨٢ - ص ٨٢

٢ - الصادر بشأن القضية عدد ٤٣ بتاريخ ٧ تموز ١٩٩٤

٣ - أنظر القرار التمييزي المرقم (٩٦/س/٨٦) في ١٩٨٧/٧/٢٤ غير منشور. أشار إليه والدنا القاضي

حسين الشمري - دور الشهادة في الإثبات المدني - رسالة مقدمة الى المعهد القضائي - الدرامة العليا المتخصصة - القسم المدني - ١٩٩١ - ص ٤٩.

ولكن وعلى الرغم من الاختلاف بين نظريتين ومفاهيم القانون الإداري من القانون الخاص وذلك من حيث اعتماده لنظرية الإثبات الحر، فإن ذلك لا يهول دون وجود علاقة بين هذين المرمين الإداري والعلمي حيث استوعب فيها القانون الإداري بعض القواعد القانونية المتعلقة بالقانون الخاص وكذلك من خلال نحوه القضي المدني إلى الحلول المتعلقة من قبل القاضي الإداري لذلك فإنه من الواضح وجود تكامل على عدة مستويات بين هذين الصنفين من القانون.

المبحث الثاني

تكامل وسائل الإثبات بين القضاء الإداري والقضاء العادي

إن الأزدواجية القضائية بما معناه وجود محكمة إدارية بصورة موازية للمحاكم العادية على اختلاف درجاتها لا يحول دون اختصاص هذه الأخيرة بالنزاعات التي قد تنشأ بين الأفراد والإدارة وهو ما يدعو القاضي الإداري بدوره إلى التدخل في بعض النزاعات المدنية من جهة واللجوء إلى بعض الوسائل المعتمدة في القانون المدني لاستقراء الحقيقة والتحقيق في الدعوى المعروضة عليه في إطار القضاء الإداري ومنه فإن التكامل بين القضاء الإداري والقضاء العادي لا يترتب بالضرورة عن وجود قانون عام منفصل عن القانون الخاص ولو نظرياً بوجود هيئة قضائية إدارية منفصلة عن الهيئة القضائية العادية.

فإننا نجد القاضي الإداري وهو بصدد تطبيق إما النص الخاص إن وجد وإما الالتزام بتطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية باعتبارها الشريعة العامة في الإجراءات القضائية فلان وجد النص القانوني فعليه تطبيقه وإن أفتقد للنص فمن حقه بل من واجبه الاجتهاد باختيار الحلول وإرساء النظريات الجديدة في مجال الإجراءات القضائية وبالتالي ليس عليه أن يرجع إلى نصوص المرافعات بل له أن يستأنس بها وأن يعتنقها إذا رأى صلاحيتها لتطبيقها على النزاع المعروض أمامه وإذا اقتنع أيضاً بأنها تتعارض مع طبيعة أو جوهر ذلك النزاع بحيث لا يكون رجوع القاضي الإداري إلى قواعد المرافعات المدنية إلا بمثابة الاستثناء وليس على سبيل الإلزام.

وبالتالي فإننا نجد القانون الإداري والقانون المدني مرتبطين من حيث الاختصاص وكذلك من حيث وسائل الإثبات المعتمدة من قبل القاضيين الإداري والعادي.

المطلب الأول

من حيث الاختصاص

يقصد بالاختصاص هنا هو الاختصاص الوظيفي الذي يتمثل في توزيع العمل بين مختلف الهيئات القضائية في الدولة^(١) ويمكن أن نميز في العراق بين القضاء العادي

والقضاء الإداري إلا أنه ورغم تأكيد هذا الأخير على استقلاليته ورغم تأكيد المشرع من خلال القانون رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ على الاختصاص الكلي بحكمة القضاء الإداري في مائة النزاعات الإدارية فإن ذلك لن يحول دون إستد بعض من ذلك الاختصاص إلى المحاكم العادية للنظر فيها معاً مما جعل الاختصاص بحكمة القضاء الإداري ثانوياً.

لقد استقر الفقه قضائي على جعل بعض الأصناف من المنازعات الإدارية من اختصاص القاضي العادي ومن الضروري الإشارة في هذا الخصوص إلى استمرارية اختصاص القضاء الإداري بأصناف معينة من المنازعات الإدارية.^(١)

وقد جاءت المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بالنص على ((يحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من الطعن)) وأتبعها المشرع العراقي فأصدر القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٥ والذي جاء في المادة الأولى منه (تلغى النصوص القانونية أينما وردت في القوانين والقرارات الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) اعتباراً من ١٧/٧/١٩٦٨ لغاية ٢٠٠٣/٤/٩ التي تقضي بمنع المحاكم من سماع الدعاوى الناشئة من تطبيق القوانين وقرارات مجلس قيادة الثورة المنحل " ، وهي ملغاة جديلة نصت على الاختصاص للمحاكم العادية بالنظر في جميع الطعون في القرارات التي تصدر عن الإدارة أي أعطاء الولاية العامة أو أرجاعها إلى القضاء العادي.

١- أنظر نص المادة السابعة البند ثانياً من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ : ((يعتبر من أسباب الطعن بوجه خاص ما يلي : ١- أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة للقانون أو الانظمة والتعليمات. ٢- أن يكون الأمر أو القرار قد صدر خلافاً لقواعد الاختصاص أو معيّناً في شكله. ٣- أن يتضمن الأمر أو القرار خطأ في تطبيق القوانين أو الانظمة أو التعليمات أو تفسيرها أو فيه أسه أو تعسف في استعمال السلطة ويعتبر في حكم القرارات أو الأوامر التي يجوز الطعن فيها رفض أو امتناع الموظف أو الهيئات في دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي عن اتخاذ قرار أو أمر كان من الواجب عليه اتخاذه قانوناً)).

ويستخلص مما تقدم أن حقيقة التكامل بين هذين الصنفين المتباينين من أصل
القضاء هو اعتماد القاضي العادي منهجية الأثبات المقررة بمثل هذا الصنف من
النزاعات، إذ نجده لم يعد يتقيد بالابقاء على فكرة عدم التوازن بين الأطراف بل يقول
عن تعهده بالنزاع الإداري إلى اختصاصه العادي أن يحكمه النظام القانوني للإثبات
المفروض على النزاعات العادي بحيث نجد الإدارة تارة طرفاً مدعياً وتارة أخرى مدعى
عليها فيقع على عاتقها عبء الإثبات أمام القضاء العادي بالرغم من تمتعها بامتيازات
السلطة العامة.

ومع العلم فإن هذا التكامل بين القضاء العادي والقضاء الإداري لا يتضح فقط
من خلال الاختصاص الممنوح للقضاء العادي بنظر بعض النزاعات الإدارية بعد أن
أختصت بها كلياً فلقد جاء به القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٩ المتعلق بإعادة تنظيم القضاء
الإداري إذ نجده يضبط اختصاص المحاكم الإدارية تاركاً ما دون ذلك إلى اختصاص المحاكم
العادية.

المطلب الثاني

من حيث وسائل الإثبات المعتمدة

إن للقاضي الإداري سلطات استثنائية إيجابية مستمدة من الصفة الإيجابية
للإجراءات وبالتالي فإنه يقوم بدور إيجابي في الدعوى الإدارية بصفة عامة وفي مجال
الإثبات بصفة خاصة، فالقاضي هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة بجرية كاملة ويقدر
مدى قوتها في الإثبات.

وبذلك يقوم نظام الإثبات في القضاء الإداري على مبدأ الإقتناع المطلق أو حرية
الإقتناع كما هو الحال أمام القضاء الجنائي وذلك من حيث الإقتناع بالدليل ولكنه يزيد
عنه من حيث جمع الدليل وتقديمه إذ يعد القانون الإداري أكثر حرية من القانون
الجنائي بخصوص إقامة الدليل.

ولأن المشرع العراقي لم يأت على تحديد لوسائل الإثبات المعتمدة لدى القاضي الإداري، فإننا نجد هذا الأخير غير مقيد بأحكام وسيلة معينة دون أخرى وإنما نجد معتمداً لوسائل الإثبات الواردة بالقانون المدني خاصة في غياب ما يُلجأ إليها بالقانون الإداري والتي تتماشى وطبيعة النزاع الإداري فلا شيء يمنع القاضي الإداري من اعتماد النصوص القانونية الواردة بالقانون الخاص.

لذلك فإننا نجد القانون العام والقانون الخاص يقتربان من بعضهما البعض ولكن في ظروف يعمل فيها القانون العام على حساب القانون الخاص أو بعكس أخرى على حساب ما يعبر عن مميزاته الخاصة وبالتالي فإن القاضي الإداري لا يلجأ إلى احتمال وسيلة إثبات دون أخرى إلا متى عجزت الأولى عن إقامة الدليل على ثبوت الحق^(١) ويرتب على ما تقدم ضرورة بيان أهم القواعد المتعلقة بالاثبات ومنها الاعتماد كلي للوسائل المكتوبة من جهة، والاعتماد نسبي لبقية وسائل الاثبات من جهة أخرى.

الفرع الأول

اعتماد كلي للوسائل المكتوبة

تعد وسائل الإثبات المكتوبة وسائل إثبات هامة بما أنها موثوقة تترك أثراً ملحقاً ويمكن الإحتجاج بها عند الحاجة لإثبات المعاملات لما تتضمنه عادة من دقة في بيان الالتزامات^(٢) ويمكن الجزم أن وسائل الإثبات المكتوبة هي أنجع من غيرها من الوسائل المعتمدة في الدعوى الإدارية لما توفره من دقة ووضوح تغني القاضي الإداري عن اللجوء إلى وسائل غيرها، فمن غير الممكن نكران أهمية المستند الكتابي من الناحية العملية في ضمان حقوق الافراد فقلة من الأشخاص الذين لا يحتاطون لأنفسهم بالإحتفاظ

^١ - د توفيق حسن- قواعد الاثبات (البيّنات) في المواد المدنية والتجارية- الدار الجامعية

للطباعة والنشر- ١٩٨٠- ص ١٦.

^٢ - د عباس العبودي- شريعة حمورابي- مطابع التسليم العالي- الموصل- ١٩٩٠- ص ٨٠.

وفي تعريف آخر

السعودي: يعرف الرافد

وهي وقد عرفه

فهي أداة مهمة

غير المدة للإبواب

ودفع ذلك فاتها

ولعل للرافد

حيث نجد القانون

البرمة بين الد

ومن ف

الرابعة " تج

المقود المله

الاعتقاد

بالسلوب

أنواعها

مليون

بالعموم

في تعريف آخر
السعودي: يعرف الرافد
وهي وقد عرفه
فهي أداة مهمة
غير المدة للإبواب
ودفع ذلك فاتها
ولعل للرافد
حيث نجد القانون
البرمة بين الد
ومن ف
الرابعة " تج
المقود المله
الاعتقاد
بالسلوب
أنواعها
مليون
بالعموم

يعرفهم ^(١) على الإداة بواسطة الكتابة بفضل التقدم العلمي وانتشر الكتابة والرمز بين الأرواء في المجتمع.

وتختلف الأدلة الكتابية من حيث قوتها الثبوتية فلها أن تكون سجلات وهي التي عرفت بالكتابة (الأدلة) من قانون الإبلات العراقي رقم (١٩٧) لسنة ١٩٨٤

المملك بأنها " التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً لأوامر المملك بأمره " التي يثبت فيها مديرة أو ما أقر به ذور الشان في حضوره

القانونية وفي حدود اختصاصه مأم على يديه أو ما أقر به ذور الشان في حضوره ويستخلص من تعريف السندات الرسمية أنه من الواجب توفر الشروط التي

حتى يعد السند رسمياً من وجوب تلقيها أو صدورها من موظف أو من في حكمه وأن يكون ضمن اختصاصه إلى جانب ذلك يجب تحرير السند وفقاً لنص القانون. وبالتالي متى استوفى السند للشروط الثلاث فهو يعد رسمياً يلزم الكلفة

يمكن الطعن فيما أحواه إلا بالتزوير مسلماً ورد ببقه القضاة في ذلك المعنى ^(٢) السندات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود

أما في ما يخص السندات غير الرسمية فلم يرد لها تعريف في قانون الأذبات العراقية على خلاف نظيره اللبناني الذي عرفها بالمادة ١٥٠ من قانون أصول المحاكمات المدنية بأنه " السند الملحق هو السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صلياً ضمن وقعه ما لم

يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان مجهول التوقيع ^(٣) رسالة

١ - مجلس زبون شيد المبروي - أهمية السندات المدنية في الإبلات القضائية - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٨٤ - ص ١ وما بعده.

٢ - انظر المواد (٥) يثبت سوري (٦) يثبت أردني و (١٠) إبلات مصري.

٣ - نبيل إبراهيم سعد - الإبلات في المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية للطباعة والنشر - بيروت - يوزن سنة نشر - ١٣٢١ هـ.

وفي تعريف آخر للسندات غير الرسمية - قد يكون أكثر دقة من غيره - يعرفها
السنهوري بأنها المحررات الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها
وهي نوعان: محررات عرفية معلة للإثبات ومحررات عرفية غير معلة للإثبات^(١)
وقد عرف السندات الرسمية المعلة للإثبات بأنها "أوراق أعدت مقلداً للإثبات
وهي أدلة مهينة ولذلك تكون موقعة بمن هي حجة عليه". في حين أن الحجج العينية
غير المعلة للإثبات من حيث الأصل هي تلك التي لا تعمل على توقيع من صدرت عنه
ورغم ذلك فإنها تعد أدلة إثبات يمكن اعتمادها^(٢)

ولعل للكتابة أهمية بالغة في أغلب المواد القانونية فهي ملة النزاع الرسمي
حيث يجد القاضي الإداري مؤكداً على ضرورة الكتابة لإثبات الصفقات العمومية
المبرمة بين الدولة والأطراف بحيث يعتمد الكتابة كشرط صحة وكشرط إثبات
ومن ذلك ما جاء في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الملقة
بالرابعة "لجهات التعاقد اعتماد أحد الأساليب التالية عند تنفيذ مشاريع الموازنة أو
العقود العامة بمختلف أنواعها:

أولاً- المناقصة العامة: وتكون إما وطنية أو دولية تحدد حسب صلاحية رئيس جهة
التعاقد مع الأخذ بنظر الاعتبار عند ذلك طبيعة العقد ومبلغه ويتم تنفيذ هذا
الأسلوب بإعلان الدعوة العامة الى جميع الراغبين بالمشاركة بتنفيذ العقود بمختلف
أنواعها ممن تتوافر فيهم شروط المشاركة وللمبالغ التي لا تقل عن (٥٠,٠٠٠,٠٠٠) خمسين
مليون دينار^(٣) أو أي مبلغ آخر يحدد من جهات المعنية مع مراعاة أن تتسم الإجراءات
بالعمومية والتنافسية والعدالة والشفافية والعلنية.

١- د. السنهوري- المرجع السابق- فقرة ١٢٥- ص ٢٣٤.

٢- توفيق حسن فرج- المرجع السابق- ص ٩٤.

٣- كان المبلغ لا يقل عن (٢٥,٠٠٠,٠٠٠) خمسة وعشرون مليون دينار في المناقصة العامة والمحدودة

استناداً للتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ الملغاة.

ثانياً - المناقصة المحدودة : وتتم بإعلان الدعوة العامة من جهة التعاقد إلى جميع الراغبين في المشاركة بتنفيذ العقود بمختلف أنواعها من تتوافر فيهم شروط المشاركة وللمبالغ التي أقل عن (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار أو أي مبلغ آخر يحدد من الجهات المعنية وتكون على مرحلتين:

١- المرحلة الأولى: وتتضمن تقديم الوثائق الخامسة بالتأهيل الفني والمالي للمشاركين في المناقصة وحسب التشريعات القانونية النافذة ذات العلاقة بالموضوع وذلك لتقويمها من لجنة متخصصة في الجهات التعاقدية للتوصل إلى اختيار المؤهلين للمشاركة في المرحلة الثانية.

ب- المرحلة الثانية : وتتم بتوجيه الدعوة المباشرة (بجانباً) إلى المؤهلين للمشاركة في المناقصة لتقديم عطاءاتهم الفنية والتجارية (المالية) والشروط القانونية للمشاركة على أن لا تقل عن (٦) ست دعوات.

ثالثاً - المناقصة بمرحلتين:

أ - لرئيس جهة التعاقد أو من يخوله أستعمال طريقة تقديم العطاءات بمرحلتين في التعاقد لكي يحصل على أفضل طريق يلي احتياجاته التعاقدية ويعتمد هذا الأسلوب في العقود ذات المواصفات الفنية المعقدة أو عند الحاجة إلى تطبيق مواصفات لا يكون من المجدي فيها صياغة تفاصيل المواصفات الفنية للسلع أو الأشغال أو في حالة الخدمات لتحديد خصائصها أو ميزاتها بشكل دقيق ابتداءً.

ب- يجوز أن تسبق عملية تقديم العطاءات بمرحلتين إجراءات التأهيل المسبق المنصوص عليه في البند (ثانياً) من هذه الملة ولغرض تنفيذ هذا الأسلوب يجب مراعاة ما يأتي:

١. المرحلة الأولى : دعوة مقدمي العطاءات لتقديم عروضهم الفنية على أساس التصميم الأولي ووصف الفعاليات ولرئيس جهة التعاقد تعديل الكلفة التخمينية إن تطلب الأمر ذلك.

٢. المرحلة الثانية : دعوة مقدمي العطاءات الذين تم قبول عطاءاتهم الفنية وفق معايير التأهيل في المرحلة الأولى لتقديم عطاءاتهم المالية على أسس وناثق المناقصة، المعدلة وفقاً للشروط التي تضعها جهة التعاقد.

رابعاً - الدعوة المباشرة :

١- توجه الدعوة المباشرة من جهات التعاقد مجاناً إلى ما لا يقل عن (٣) ثلاثة من المقاولين والشركات المقاوله المجهزين والمكاتب الاستشارية المعتمدة لقدراتها وكفاءتها الفنية والمالية وفقاً لما يأتي:

(١)- عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات المعلن عنها للمرة الأولى.

(٢)- إذا كان العقد من العقود الاستشارية.

(٣)- إذا كان العقد ذا طابع تخصصي وأو يتطلب السرية في كل من إجراءات التعاقد والتنفيذ وأو أن تكون هناك أسباب أمنية تستدعي ذلك.

(٤)- إذا كان الهدف هو تحقيق السرعة والكفاءة في التنفيذ خاصة في حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية وتجهيز الأدوية والمستلزمات المنفذة للحياة.

ب - تزويد المجهزين والمقاولين والاستشاريين بوثائق العطاءات والمستندات مجاناً.
ج - يعفى مقدمو العطاءات الموجه لهم الدعوة المباشرة من تقديم التأمينات الأولية.

د - تتم مراعاة الصلاحيات المالية لإغراض الإحالة والتعاقد عند استخدام هذا الأسلوب.

خامساً - أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد) : ويتم بتوجيه الدعوة مجاناً من جهات التعاقد لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية لتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الخدمات الاستشارية أو التصنيع وذلك عند الضرورة ولوجود أسباب مبررة تستدعي ذلك على أن يتم مراعاة الإجراءات الآتية :

أ- إعلام لجنة العقود المركزية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء لغرض تنفيذ العقد بهذا الأسلوب مع بيان المبررات لذلك على أن ترفع من جهات التعاقد المختصة في الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة والأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم.

ب - الصلاحيات المالية المعتمدة لجهات التعاقد في تنفيذ العقود العامة وتتم مقابلة لجنة العقود المركزية في الأمانة العامة لمجلس الوزراء لغرض المصالحة على توصيات لجان تحليل العطاءات عندما تكون صلاحية التعاقد خارج صلاحية رئيس جهة التعاقد.

ج- في حالة عدم البت من لجنة العقود المركزية في الأمانة العامة في طلبات الموافقة المرفوعة من جهات التعاقد خلال مدة لا تتجاوز (١٤) أربعة عشر يوماً عملاً من تاريخ تسجيلها لدى اللجنة المذكورة فتعد الموافقة حاصلة (ضمنياً وعلى الجهات التعاقدية السير في عملية ترسية العقود وتنفيذها).

د - تعفى الجهة الموجه لها الدعوى بموجب هذا الأسلوب من تقديم التأمينات الأولية.

سادساً- لجان المشتريات : - ويتم استخدام هذا الأسلوب لتجهيز دوائر الدولة بالسلع والخدمات التي يقل مبلغها عن (٥٠٠٠٠٠٠٠) خمسين مليون دينار أو أي مبلغ آخر يحدد في الموازنة الجارية مع مراعاة الضوابط التي تصدرها دائرة العقود العامة في وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي بالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة بالموضوع.

إن الصفة الكتابية تغلب على الإجراءات الإدارية ولا يعني ذلك أنعدام الشفافية أمام محاكم القضاء الإداري إذ يسيطر مبدأ الشفافية على المرافعات المدنية بحيث يسمح بتحقيق الاتصال المباشر بين القاضي وأدلة الإثبات ويقتصر دور الكتابة

فيها على أعداد وتهيئة الدعوى^(١) وتقديم صفتها أو ما يتطلب بتقديمه من سندات أو وثائق أو مذكرات^(٢) أو عند التدوين في محاضر الجلسات فأعتبرت خلاصة الكتابة في الإجراءات الإدارية ذات صبغة أمرة ملزمة للقاضي بحيث لا يستطيع الخروج عنها إلا إذا كان هناك نص صريح يبيح الشفافية أمامه وحتى في حالة وجود مثل هذا النص فإنه يعد بمثابة استثناء لا ينبغي التوسع فيه كي لا تفقد الإجراءات الإدارية طابعها الكتابي كما أوجب قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل على التاجر وفي إطار ممارسته لتجارته أن يحسب بدفاتر حسابات يسجل فيه أرقام معاملاته والتي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات وسمهاها المشرع العراقي بالدفاتر وهي على نوعين (الزامية- واختيارية)^(٣) فضلاً عن أن قانون التجارة ألزم التاجر بأن يحتفظ بصورة طبق الأصل

- ١- أنظر المادة (٤٤) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على أنه " كل دعوى يجب أن تقام بعريضة".
- ٢- أنظر المادة (٤٦) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على أنه " يجب أن تشمل عريضة الدعوى على البيانات الآتية:
 - ١- اسم المحكمة التي تقام الدعوى أمامها.
 - ٢- تاريخ تحرير العريضة.
 - ٣- اسم كل من المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل إقامته فإن لم يكن للمدعى عليه محل إقامة معلوم فأخر محل كان به.
 - ٤- بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ.
 - ٥- بيان موضوع الدعوى فأن كان منقولاً ذكر جنسه ونوعه وقيمه وأوصافه وأن كان عقاراً ذكر موقعه وحدوده أو موقعه ورقمه أو تسلسله.
 - ٦- وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعى وأسانيدها.
 - ٧- توقيع المدعي أو وكيله إذا كان الوكيل مفوضاً بستد مصدق عليه من جهة مصدقة مختصة.
- ٣- أنظر المادة الثانية عشر من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل " على التاجر الذي لا يقل رأس ماله عن (٣٠,٠٠٠) ثلاثين ألف دينار أن يحسب الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وعليه في جميع الأحوال أن يحسب الدفاترين الآتين:
 - ١- دفتر اليومية.
 - ٢- دفتر الاستاذ.

من المحررات التي تتعلق بعمله ^(١)
المحررات بطريقة منظمة وواضحة.
وكما ذكرنا أن قانون التجارة يميز بين نوعين من الدفاتر اليومية هما دفتر
اليومية الاصيلي ودفتر اليومية المساعد ^(٢)
والمرجع العراقي قد أعطى للسند العادي والمتمثل بالدفاتر التجارية حجة على
الغير بالرغم من عدم ثبوت تاريخها ^(٣) وأن لم تعد هذه الدفاتر للأثبات بل جعل
المرجع لها تجاوزاً قيمة السندات العادية ^(٤).

- ١ - أنظر المادة السادسة عشر من قانون التجارة " يحتفظ بصور طبق الاصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته. وعليه أن يحتفظ هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة".
- ٢ - أنظر المادة الرابعة عشر من قانون التجارة " للتاجر ان يمسك دفاتر يومية مساعلة لقيد تفصيلات الانواع المختلفة من العمليات التجارية التي يقوم بها. وفي هذه الحالة يكفي بقيد اجمالي لهذه العمليات في دفتر اليومية الاصيلي شهراً فشهراً فإذا لم يقيم التاجر بهذا القيد الاجمالي اعتبر الدفتر المساعد دفترأ اصلياً.
- ٣ - أنظر المادة (٢٦) من قانون الاثبات العراقي " لا يكون السند العادي حجة على الغير في تأريخه الا منذ ان يكون له التاريخ ثابتاً، ويكون تاريخ السند ثابتاً في إحدى الحالات التالية: - أ- من يوم أن يصدق عليه الكاتب العدل. ب- من يوم ان يثبت مضمونه في ورقة اخرى ثابتة التاريخ. ج- من أن يؤشر عليه قاض او موظف عام مختص. د- من يوم وفاة احد من لهم على السند اثر معترف به من خط او امضاء او بصمة ابهام او من يوم ان يصبح مستحيلاً على احد من هؤلاء ان يكتب او ييصم لعله في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع اي حادث اخر يكون قاطعاً في ان السند قد صدر قبل وقوعه".
- ٤ - دالسنهوري- المرجع السابق- فقرة ١٢٥- ص ٢٣٤.

أما بالنسبة إلى الوصولات فقد استثنى المشرع العراقي من أحكام المادة (٢٧٩) الأولى من قانون الإثبات وذلك مراعاة للضرورات العملية ودفع المخرج عن الضرر في التعامل. فالوصولات تثبت التاريخ على الوصل أو قد لا يطالب المدين الثاني تثبت التاريخ بعمل الدائن^(١) كذلك أنه إذا تضمنت دفاتر التاجر تقييداً أو اعترافاً بالكتابة من على الوصل أو وافق ذلك نظيراً بيله كان ذلك حجة تامة له وعليه.

إن للوسائل المكتوبة وفي هذا الإطار حجية جوهرية لا تعطى لغيرها من وسائل الإثبات للدحض الوقائع لما لها من قوة ثبوتية مطلقة ترفع عن القاضي الالتجاء والبحث في غيرها من وسائل الإثبات القانونية وهو نفس ما أنتهجه القاضي الإداري بمناسبة نزاع بين أحد منظوري الإدارة وهذه الأخيرة في مسألة تعلقت بملة العقود الإدارية فماعدًا مميزاته العضوية والشكلية والشروط الخاصة به والإلتزامات الخاصة المنجزة عنه فإن العقد الإداري يخضع تماماً لنظرية العقد في القانون المدني في تعريفه وتأويله وشروط تكوينه ومحل الإلتزام الناشئ عنه وسبب الإلتزام وجزاء الإخلال بالشروط الوجوبية وأثار العقد الملزمة وكذلك جزاء عدم الوفاء بالعقد وخصه بالمسؤولية العقدية واستثناءات المسؤولية كالقوة القاهرة أو فعل الدائن^(٢).

١- سمي عبد الستار تناغو- نظرية الإلتزام - الاسكندرية- ١٩٧٥- فقرة ٥٠٢ - ص ٧١٩. أنظر نص المادة (٢٦/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي " ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف التطبيق الفقرة (أولاً) على الوصولات ".
٢- يرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأن المحل والسبب ركنان في الإلتزام لا في العقد. حيث أن كل التزام ينشأ العقد يجب أن يكون له محل وسبب. ولزيد من التفصيل راجع (نظرية العقد- ج ١- دار الفكر العربي- ٤٦٣ وما بعدها).

فنتع العقد بأنه إداري يتعلق بالاختصاص القضائي أكثر منه بمضمون العقد
فلذا تقرر اختصاص القاضي الإداري بتعين عليه أن يطبق على النزاع جملة الاستثناءات
المتعلقة به مهما كان نوعها فيأخذ بالقواعد المدنية والإستثناءات المنصوص عليها
بالنصوص المقررة بفقهاء القضاء وبالأحكام المدرجة في العقد فإن العقود الإدارية والتي
يفوت مقدارها القيمة المحددة بالقانون فهي بالتالي تستوجب الكتابة التي تعتبر من
كتابة لإثبات الواقع والقانون.^(١)

كما أن المشرع قد تعرض الى صور المستندات الرسمية فهي جديرة بالاعتماد
قبل القاضي نظراً لما لها من نفس الحجية التي للأصل مادام مؤشراً عليها من قبل
السلط المختصة في ذلك وإن كان المشرع العراقي قد فرق حالة فيما إذا كان أصل
السند موجوداً أو غير موجود ففي الحالة الاولى أي حالة وجود أصل السند الرسمي
فتكون لصورته الرسمية خطية أو مصورة حجية السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي
تكون مطابقة للأصل ، والقاعدة، أن الصورة تعتبر مطابقة للأصل إلا إذا نازع في ذلك
من يحتج عليه بها ، وفي هذه الحالة يتعين مراجعة الصورة على الأصل،^(٢) ومنه فإن نسخ
السندات لها نفس قوة الإثبات إذ أنها تقيد الأطراف والحكمة فيها يتعلق بحجيتها
ويمكن أن تكون نسخ السندات من ضمن أوراق ملف القضية التي قد تعرض على

١ - منعت المادة (٧٧/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي إثبات التصرف القانوني أو أنقضائه إذا
كانت قيمته تزيد على خمسة آلاف دينار عراقي بعد أن كانت لاتزيد على خمسين دينار عراقي
قبل التعديل.

٢ - أنظر المادة (٢٣) من قانون الإثبات العراقي " إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً، فإن صورته
الرسمية خطية كانت أو مصورة تكون لها حجية السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي تكون فيه
مطابقة للأصل. وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينزع في ذلك من يحتج عليه بها. وفي
هذه الحالة الأخيرة يتعين مراجعة الصورة على الأصل.

القاضي الإداري لإثبات الحق المطالب به بحيث يمكن أن تتكون من جملة التظلمات المثل بها إثباته التحقيق أو مذكرة تتضمن معلومات يوجهها رئيس لمؤوسيه ويمكن أن تمثل أيضاً في مجموعة المراسلات المتبادلة بين الأطراف المتنازعة والتي من شأنها أن تثبت الحق الإداري على معرفة حقيقة النزاع وإثبات الحق المتنازع فيه. وهو ما تتركه للقاضي الإداري وجوب الكتب كوسيلة تعتمد لإثبات الحق وتأكيد وجوده.

الفرع الثاني

إعتماد نسبي لبقية وسائل الإثبات

إلى جانب الدليل الكتابي الذي يعتمد عليه القاضي الإداري للوصول إلى الحقيقة وإثبات الحق فإن هناك وسائل إثبات يمكن له إعمالها نظراً لقوتها الثبوتية في إظهار ذلك الحق ولكننا نجد القاضي الإداري يعتمد عليها اعتماداً نسبياً.

وقد ورد بقرارات القضاء في ذلك المعنى أن اليمين الحاسمة ليست دليلاً يقلل من قوة الدعي على صحة ما يدعيه وإنما هي طريقة يلتجئ إليها عندما يعوزه إحضار أي دليل آخر وإن أداها من وجهته عليه فلا تفيد سوى ثبوت الواقعة التي وجهت في شأنها أن "اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى" (١) إذ لجأه بقضي ويستبعد اليمين الحاسمة كوسيلة يستند إليها لإثبات الحق المتنازع فيه وربما ذلك لإعتبارات سياسية تهم النظام العام خاصة وأن الدولة التي تمثلها الإدارة لا يجوز أن يوجه لها اليمين الحاسمة وخاصة أن النزاعات التي تهم الدولة يمثلها إما المكلف العام بنزاعات الدولة أو أحد أعوان الإدارة الذي يتوجب عليه الحضور في المنازعات الإدارية التي يمثلها

فحسب. (٢)

١ - المادة (١٤/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي
٢ - عصمت عبد المجيد - الوجيز في شرح قانون الإثبات - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٩٧ -

إن ما انتهجه القاضي بالنسبة لليمين الحاسمة - التي قليلا ما يعتملها - كإلزام
نتجه أيضا بالنسبة لليمين المتممة والتي يمكن تعريفها بأنها " اليمين والتي يوجهها
لقاضي حول موضوع النزاع لأحد الخصوم متى تكون القضية جاهزة للفصل والغاية
منها تكوين قناعة للمحكمة من وسائل الإثبات المقلعة إليها" وقد سميت بالتممة
حسب بعض التشريعات العربية لأنها تتم الأدلة الملل بها للمحكمة من قبل أحد
الخصوم ونلمس هذا المعنى في المادة ١٢٠-١٢١-١٢٢-١٢٣ من قانون الإثبات العراقي
وبنفس المعنى ما جاء في نص المادة ٢٥٠ في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي
تقول بأن اليمين المتممة هي " التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصوم
لاستكمال الدليل المقدم منه والتمكن من الحكم في موضوع الدعوى".

حسب هذه التعريفات فإنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يوجه اليمين سواء كانت
يميناً حاسمة أو يميناً استيفائية ((متممة)) على الإدارة لإثبات الحق المتنازع في شأنه وهو
نفس الشأن بالنسبة للأفراد المتقابلين مع الإدارة وذلك خلافاً لمبادئ القانون العلمة
وخاصة منها المساواة بين المتقاضين مهما اختلفت درجاتهم ومراكزهم القانونية فدور
القضاء هو فض النزاع وقول الحق دون النظر إلى اعتبارات أخرى.
أما بخصوص بقية الوسائل الكاملة فقد أعتمد المشرع كذلك إلى جانب الأدلة
الكتابية الإقرار كوسيلة إثبات، والإقرار قانوناً " اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء
قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد" ^(١) والمشرع العراقي عرف نوعين من
الإقرار هما الإقرار القضائي والإقرار غير القضائي في المادة (٥٩/أولاً- ثانياً) من قانون
الإثبات العراقي ^(٢).

- ١ - مجيد حميد السماكية- حجية الاقرار في الاحكام القضائية في الشريعة الاسلامية (بحث
مقارن)- رسالة ماجستير- جامعة بغداد- ١٩٧٦- ص ١٢ وما بعدها.
- ٢ - أنظر المادة (٥٩/أولاً) من قانون الإثبات " الاقرار القضائي هو أخبار الخصم أمام المحكمة بحق
عليه لآخر". ثانياً " الاقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة أو أمام المحكمة في
غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها ".

فالإقرار يعد وسيلة لإثبات يستند إليها القاضي الإداري أثناء النزاعات الإدارية حيث يعد الإقرار أو الاعتراف أمام القضاء واقعة قانونية وحجة قاطعة على المقر سواء أكان إقراراً لدى القاضي المختص وهو ما يعبر عنه بالإقرار القضائي أو لدى القاضي الغير مختص بذلك وهو الإقرار غير القضائي فنجد القاضي الإداري إما معتمداً إليه كوسيلة لإثبات وقائع معينة وكحجة ودليل وإما مستبعداً إياه إذا ما وجد مفقراً إلى القوة الثبوتية إذن فالإقرار يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي الإداري^(١)

ولعل من مظاهر التكامل بين القضاء العادي والإداري في ما يتعلق بوسائل الإثبات المعتمدة من قبل القاضيين هو اعتماد القاضي الإداري خلال بحثه وكشفه للحقائق إلى الوسائل غير التامة حيث ونظراً لصعوبة النزاع الإداري وعدم التكاليف بين الإدارة ومن هم خصومها فإننا نجد القاضي الإداري يلجأ إلى اعتماد الشهادة كوسيلة لإثبات الحق حتى يوازن بين الإدارة وخصومها. ويمكن تعريف الشهادة من خلال فقهاء القانون الذين يرون أنها " أخبار لا يمكن تعريف القضاء بحق على غيره"^(٢) وعرفها آخرون " أخبار عن مشاهدة وعيان الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره"^(٣) لا عن تخمين وحسبان".^(٣)

-
- ١ - توليق حسن فرج - قواعد الاثبات (البيّنات) في المواد المدنية والتجارية - بيروت - الدار الجامعية للطباعة والنشر - ١٩٨٠ - ص ١٩٣.
- ٢ - أخذ إبراهيم - طرق القضاء في الشريعة الاسلامية - القاهرة - ١٩٢٨ - ص ٢٨٤.
- ٣ - الاستاذ ضياء شيت خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية - بغداد - ١٩٧٣ - ص ٢٧٤. وقضت محكمة التمييز بجواز سماع شهادة الاعمى، القرار المرقم ١٩٧٠/٢٨٢٢ في ١٩٧٠/٥/٣٠، النشرة القضائية العدد الثاني السنة الثالثة ص ٤٦، كشاهدته في الروائع والطعوم ونحوهما مما يدرك بحاسة اللمس والشم أو الذوق، أو ما يدرك بالسمع وهو الصوت ولا تقبل شهادة الاعمى على الافعال لان طريق العلم بها هو البصر وقد ضاع منه. الاستاذ منير القاضي - شرح قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية - بغداد - ١٩٥٧ - ص ١٧٤.

وتقوم الشهادة على الإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها بالذات لا يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصياً ما يشهد به بحواسه والشهادة أنواع منها شهادة التعريف وهو ما أخذ به المشرع العراقي في المادة (١٥) من قانون الكتاب العدلي رقم ٢٧ لسنة ١٩٧٧ والشهادة السماعية وهي دون الشهادة الأصلية من حيث الشكك القاضي^(١)

ولم يتطرق قانون الإثبات العراقي الى أحكام الشهادة السماعية، ولم تأخذ محكمة التمييز بالشهادة على السماع فقد قضت " لا يعتد بالشهادة المنضبة على السماع"^(٢) والتمييز بالشهادة على السماع (بالتواتر) فهي خبر جماعة من الناس يقع العلم بخبرهم لا يتصور اتفاقهم على الكذب، والمهم أنه لا يعقل اتفاق الشهود بالتواتر على الكذب^(٣) وقضت محكمة التمييز " الشهادة على السماع تقبل لإثبات أصل الوقف ولا تقبل لإثبات شروط الوقف ومعرفة"^(٤)

فالإثبات إذن بشهادة الشهود يعد حسب شراح القانون من وسائل الإثبات الناقصة ومرد ذلك أن حجيتها أمام المحكمة نسبية وليست قاطعة عكس ما هو الحل بالنسبة لوسائل الإثبات الأخرى إضافة وأن المشرع قد أعتمدها في بعض الأحيان يعتبر الإثبات بالشهادة وسيلة تحقيق أكثر منها وسيلة إثبات يأمر بها القاضي الإداري من تلقاء نفسه أو يعرضها الأطراف عليه إذا ما كانت تساعد على البحث في الحقيقة، إلا أنها تختلف عن الكثير من وسائل الإثبات الأخرى كالتحقيقات الإدارية

١ - د السنهاوري - المرجع السابق - فقرة ١٦٢ - ص ٣١٢ - ٣١٣.

٢ - القرار التمييزي المرقم ١٩٧٤/٤م/١٦٩ في ١٩٧٤/٩/٢١ - النشرة القضائية - العدد - الرابع - السنة الخامسة - ص ١٩٩.

٣ - القاضي حسين الشمري - دور الشهادة - المرجع السابق - ص ١٦.

٤ - القرار التمييزي المرقم ١٩٧٤/٢م/٣٠٧٢ في ١٩٧٤/١/٢٣.

لما تم بمعرفة الإدارة وبناء على طلب القاضي إذ يمكن الالتجاء إليها ولو لم ينظمها
بمخصص بشأن الوقائع التي لا تكون في حاجة إلى الاستعانة بأي من وسائل التحقيق
الأخرى كما هو الشأن في إثبات الوقائع التي يستخلص منها الإنحراف بالسلطة مثل
تصلد النشفي والإنتقام وتصريح الرئيس الإداري علناً بذلك أمام البعض الذين يمكن
الاستعانة بهم كشهود أمام القضاء.

وبالتالي فإن القاضي الإداري ليس مفيداً باستعمال الشهادة كوسيلة إثبات لكنه
وإن جاز اعتمادها في قضاء تجاوز السلطة أو القضاء الكامل فإنه لا يمكن الأخذ بها في
مادة النزاع الجبائي خاصة وأنه نزاع يقوم أساساً على حجج كتابية وهذا ما يؤكد أن
القانون الإداري من حيث وسائل الإثبات فيه يقوم على قناعة القاضي الإداري أي على
مبدأ الإثبات الحر لذلك فإننا نحجه مستعملاً لمختلف أوجه الإثبات حسب ما استقر في
قنائنه ووجدانه مما يظهر دوره الإستقرائي والإنشائي في مادة القانون الإداري.

الفصل الثالث

تعامل القاضي الإداري مع وسائل الإثبات

الإثبات بالمعنى القانوني في تعريف فقهاء القانون هو " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب أثرها"^(١) وفي تعريف آخر " إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظراً لما يترتب عليه من أثر قانونية"^(٢) فهو تأكيد شيء بأي برهان أو دليل والإثبات القضائي هو تأكيد حق متنازع فيه بالأدلة التي يميزها القانون.

فعلى من يدعي استرداد حقه المطالب به، إقامة الدليل عليه بوسائل تثبت به براهين تدعمه، يبقى على عاتق مدعى ذلك الحق إثباته، ولكن وفي إطار الدعوى قد تنقلب المراكز الكلاسيكية فيصبح المدعى عليه مطالباً بالإثبات، لذا فإن العبرة بالأدعاءات وبالدفع فيكون المدعي مطالب بإقامة الدليل على أدعاءاته، ويتحمل بذلك عبء الإثبات.

وقد يكون المدعى عليه مطالباً بإقامة الدليل فيصبح محتملاً بعبء الإثبات في الدفع وبالتالي فإن حق أطراف النزاع في الإدلاء للمحكمة بوسائل الإثبات المثبتة لما يتسكون به يكرس حقهم في الدفاع عن مصالحهم.

وبعد الإثبات واجباً على الخصوم في الوقت الذي يعد فيه حقاً لهم، ولما كانت عناصر الإثبات نادرة أو غامضة أو مشكوكاً في مدلولها، لذا يكون واجب الإثبات مهمة صعبة بالنسبة لمن يلقي على عاتقه، ومن هنا أطلق الفقهاء على هذا الواجب عبء الإثبات^(٣) لذلك فإننا نجد مسألة عبء الإثبات محملة على من يدعي وجود حق له وإن علم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام هو حق للخصوم وحدهم، وليس للقاضي

^(١) - د عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - المرجع السابق - ص ١٢-١٣.

^(٢) - د سليمان مرقس - المرجع السابق - فقرة ١ - ص ١١.

^(٣) - تلافو - المرجع السابق - فقرة ٤٦٤ - ص ٦٤١.

الذي لا يجوز له أن ينقل، من تلقاء نفسه، عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه.^(١)

فعبء الإثبات على من يدعي على الإدارة ابتداءً وهو ما أتى على تأكيده قانون الإثبات في المادة (٧) أولاً وفي الفقرة ثانياً أنت على تعريف المدعي بأنه " من يتعمد بخلاف الظاهر"^(٢) ويلتزم بمقتضاه القاضي الحياد التام فليس له تكوين أو إتمام أو إحضار حجج الخصوم ملتزماً بنظام المواجهة بينهم، وذلك عملاً بملكية الأطراف للنزاع والدعوى.

وعلى القاضي عدم التدخل بل عليه أن يكتفي بما يقدمه الأطراف المزمعون بعبء تسيير النزاع وإثباته وذلك اعتباراً وإن النزاع لا يطرح إلا حقوقاً خلسة لا علاقة لها بالصلحة العامة وهو بخلاف القاضي المدني الدور الإيجابي للقاضي الإداري الذي يتخلى عن ذلك الحياد الذي يمنع في التصور الكلاسيكي، من أن يؤسس القاضي اقتناعه على عناصر الإثبات المدلى بها من غير الأطراف، وعليه فانه لا يجوز أن يتدخل تلقائياً في البحث عن الحقيقة .

ولكن لا يمكن أن يفهم بذلك أن القاضي في الخصومة لا يؤدي إلا دوراً سلبياً بل يمكنه أن يتجاوز تلك الأدلة المقدمة له خارقاً بذلك مبدأ حياد القاضي المكرس في المادة المدنية والتجارية إذ بإمكانه القيام بجميع الأبحاث دون التقيد بما يقدمه الخصوم خاصة أن طبيعة نظام الإثبات في القانون الإداري، تركز على مبدأ الإثبات الحر الذي يفترض الحرية الكاملة في التقصي عن الحقيقة فللخصوم حرية إقامة الدليل وللقاضي حرية تقدير ما قدموه بدون تقيد مساهماً في إثبات الدعوى وهو ما لا يمكن معه في الأنظمة التي تعتمد نظام الإثبات المقيد أو القانوني.

وهو ما يبرز أهمية البحث في مدى التزام القاضي الإداري بتبعية عبء الإثبات ومدى احترامه أو تجاوزه تلك التبعية لها من خلال صلاحياته، وهو ما سنحاول التطرق إليه فيما سياتي:

١ - تناغو- المرجع السابق - فقرة ٤٧٣ - ص ٦٥٩.

٢ - أنظر المادة (٧) أولاً وثانياً من قانون الإثبات العراقي.

المبحث الأول

القاضي الإداري وتبعية عبء الإثبات

يتمثل موضوع الإثبات في الواقعة التي على المتمسك بوجود الإلتزام إثباتها وفق ما يقتضيه القانون الذي يرجع للقاضي الإداري تطبيق قواعده والواقعة المراد إثباتها هي حسب تعبير بعض الفقهاء واقعة مادية أو تصرف قانوني إذ من يرفع دعواه أمام القضاء للمطالبة بحق له عليه إقامة الدليل على صحة الوقائع المتنازع عليها وذلك بالطريقة التي حددها القانون.

لذلك فإن أهمية الإثبات تكمن في أنه يمكن أحد طرفي الخصومة من كسب الدعوى، فالحكمة التي تنظر بالنزاع تقضي لصالح أحد الأطراف بعد أن تمحص أدلة الإثبات المقدمة إليها وهي في ذلك تجتهد لترجح الأدلة المقدمة لتأخذ بوسيلة إثبات دون الأخرى، وهي ملزمة بأن توازن بين تلك الوسائل وملى الزاميتها وملى حجبتها حتى تنصف طرفي النزاع.

ولعل مما تجدر الإشارة إليه أن ترجيح أدلة الإثبات وإن كانت مسألة تخضع لاجتهاد القاضي دون رقابة عليه، إلا أن على القاضي التزاماً مهماً بأن يعلل رأيه تعليلاً سليماً متماشياً مع النتيجة التي انتهى إليها دون أن يهمل أية وسيلة إثبات سواء كانت مادية أو فنية.

فالقاضي الإداري كلما انتصب لفض نزاع إداري قائم بين طرفين متفاوتين نجد معتمداً في ذلك على القواعد العامة للإثبات مكرساً مبدأ البيئة على من ادعى سواء أكان ذلك أثناء رفع الدعوى أم أثناء سيرها، لما لها من آثار على حقوق الأطراف المتنازعة سنحاول بيانها في القدام من الصفحات.

المطلب الأول

تكريس القاضي الإداري لمبدأ البيئة على من ادعى

لقد نص المشرع على أن إثبات الإلتزام يقع على القائم به وهذا الفصل ينطبق على المدعي والمدعى عليه، وبالتالي فعلى كل منهما إثبات ما يدعيه بالوسائل القانونية المنوطة لذلك. والقاعدة أنه متى أثبت المدعي وجود الإلتزام بذمة المدعى عليه فعلى هذا الأخير إثبات عكس ذلك.

فيكون الحق في الإثبات مكرساً لبدأ المواجهة بين الخصوم وخصوصاً في إطار النزاع الإداري وذلك لتفاوت مراكز أطرافه حيث يظهر بصفة جلية عدم التكافؤ بين مساواة بين أطراف الخصومة، ذلك أن المواطن العادي الذي لا يملك ما تملكه الإدارة من الصلاحيات وبما تحوزه من الوثائق أو تملكه منها، والخاص والمفلات الخاصة في هذه الدعاوى.

لذلك فإن مسألة عبء الإثبات يقتضي منا تحديد من يتحملة من الخصوم أثناء رفع الدعوى، وأثناء السير بتلك الدعوى أمام القاضي بمجرد نشوب نزاع إداري وما تحكمها من قواعد مشتركة تتجسم في اتجاه القضاء إلى عدم تغيير تلك الضوابط الخلدة لأطراف النزاع وذلك ضماناً للاستقرار والأمن الاجتماعي.

الفرع الأول

أثناء رفع الدعوى الأصل

إن عبء إثبات الإلتزام محمول على القائم به تطبيقاً للقاعدة الأصولية "البينة على من ادعى" والتي تقتضي أنه على كل طرف إثبات ما يدعيه، فمتى أمكن له ذلك فإن على خصمه إثبات خلافة.^(١)

لذلك فإن توزيع عبء الإثبات بين الخصوم وبمناسبة النزاع الإداري يقتضي تحميل هذا العبء على المدعي، الذي له إقامة الدليل على ما يدعيه إلا إذا اعتبر أدعاه مجرداً لا أساس له فترفض دعواه إذ أن الخصم الملزم بالإثبات يتحمل واجباً متقلاً لكامله ولذلك سمي عبء الإثبات بالمقارنة مع وضع المدعى عليه، الذي بإمكانه أن يتخذ موقعا سلبياً من النزاع.^(٢)

١ - أنظر المادة (٧/ثانياً) أثبت عراقي "المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر".

٢ - تناغو- المرجع السابق - فقرة ٤٩٦ - ص ٦٤٩ - ٦٥٠.

لذلك فإننا نجد المدعي في مركز يتفاوت ومركز خصمه خاصة وان في هذا
مبدأ الإثبات الحر، الذي يترك فيه تقدير
القاضي الإداري في غياب تكافؤ بين أطرافه المتنازعة، والذي يعتبر المؤثر الحاسم
في تقرير القاضي الإداري لتبعة عبء الإثبات.

وهو ما يدعو القاضي العادي على العمل بمبدأ البيئة على من ادعى بحيث
يصل المدعي في الأصل إثبات أحقيته للشيء الذي يزعم أنه صاحب الحق فيه، بينما
قاضي الإلغاء هذا المبدأ من محتواه وذلك بوجود الفرد كمدعي لا ينطبق إلا في
قضية المسؤولية أو قضاء الإلغاء باعتبار أن الإدارة سلطة عامة تلتزم بعلاقاتها بالأفراد
بمكام القانون.

ففي القضاء العادي الذي يشتمل على النزاعات حول الحقوق والالتزامات
والامتيازات بين الإدارة والمرتبطین معها بعلاقات قانونية، فإن المدعي، وبخلاف قضاء
الإلغاء الذي يكتفي بمجرد المصلحة للقيام بالدعوى، عليه إثبات الحق الذاتي، والحق
هو ما يكتسبه الشخص من كسب راجع إلى ذمته أو من حقوق خارجة عن تلك الذمة
المالية كالحقوق العائلية والسياسية والتي من شأنها أن تكون سبباً في رفع دعوى قضائية
ضد الإدارة وإثبات أن الضرر الموجب للتعويض قد مس بأحد حقوقه المشروعة وأن
ذلك الضرر كان مباشرة مؤكداً وإذا كانت تلك المسؤولية مبنية على الخطأ فإنه على
من يدعي ذلك الخطأ إثباته قبل الإدارة.^(١)

أما إذا كان الضرر متمخضاً عن أضرار مرتبطة بأشغال عمومية وأنه على
القاضي إثبات العلاقة السببية بين ذلك الضرر وفعل أو تصرف الإدارة وهو ما تأيد
بإحدى قرارات محكمة القضاء الإداري الذي جاء بجيشياته " أن المنشأة العمومية التي

^١ - د. ماجد راغب الحلو - مصدر سابق - ص ١٨٧.

لذلك فإننا نجد المدعي في مركز يتفاوت ومركز خصمه خلسة وإن في هذا الصنف من القضاء الإداري يعتمد على مبدأ الإثبات الحر، الذي يترك فيه تقدير الدليل للقاضي الإداري في غياب تكافؤ بين أطرافه المتنازعة، والذي يعتبر المؤثر الحاسم في تغيير القاضي الإداري لتبعة عبء الإثبات.

وهو ما يدعو القاضي العادي على العمل بمبدأ البينة على من ادعى بحيث يحمل المدعي في الأصل إثبات أحقيته للشيء الذي يزعم أنه صاحب الحق فيه بينما يفرغ قاضي الإلغاء هذا المبدأ من محتواه وذلك بوجود الفرد كمدعي لا ينطبق إلا في قضاء المسؤولية أو قضاء الإلغاء باعتبار أن الإدارة سلطة عامة تلتزم بعلاقاتها بالأفراد بأحكام القانون.

ففي القضاء العادي الذي يشتمل على النزاعات حول الحقوق والالتزامات والامتيازات بين الإدارة والمربطين معها بعلاقات قانونية، فإن المدعي وبخلاف قضاء الإلغاء الذي يكتفي بمجرد المصلحة للقيام بالدعوى، عليه إثبات الحق الذاتي والحق هو ما يكتسبه الشخص من كسب راجع إلى ذمته أو من حقوق خارجة عن تلك الذمة المالية كالحقوق العائلية والسياسية والتي من شأنها أن تكون سبباً في رفع دعوى قضائية ضد الإدارة وإثبات أن الضرر الموجب للتعويض قد مس بأحد حقوقه المشروعة وأن ذلك الضرر كان مباشرة مؤكداً وإذا كانت تلك المسؤولية مبنية على الخطأ فإنه على من يدعي ذلك الخطأ إثباته قبل الإدارة.^(١)

أما إذا كان الضرر متمخضاً عن أضرار مرتبطة بأشغال عمومية وأنه على المتقاضى إثبات العلاقة السببية بين ذلك الضرر وفعل أو تصرف الإدارة وهو ما تأيد بإحدى قرارات محكمة القضاء الإداري الذي جاء بحجتيه " أن المنشأة العمومية التي

^١ - د ماجد راغب الحلو - مصدر سابق - ص ١٨٧.

تكون سبباً في إلحاق ضرر لشخص ترتب لملكها مسؤولية يكفي فيها قيام العلل
المادية المباشرة بين تلك المنشأة وبين الضرر^(١). "١٥٨١/٥٠٤٠

أما بخصوص بعض النزاعات الإدارية المرفوعة أمام القاضي الإداري والتي تكون
بمناسبتها وكانت الإدارة فيها مدعية - على وجه الاستثناء - فإنها تفسر في الغالب
بعدم إمكانية ممارسة تلك الإدارة لإمprivileges التنفيذ المباشر، فيكون إتجاوزها للنقل
أمام القاضي الإداري، للحصول على ما تدعيه من حق متنازع فيه أو للحصول على
حكم بالتنفيذ بدلاً من ممارسة التنفيذ المباشر وذلك لتجنب احتمال التعرض
للمسؤولية في بعض الأحيان وفقاً لتقديرها.

أما بخصوص دعوى الإلغاء التي يتم توجيهها ضد مقررات السلطة الإدارية
مركزية كانت أو محلية، والمجالس المحلية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية بغية
الحصول على إلغاء قرار إداري على أساس عدم مشروعيته، أي على أساس صلوره بما
يخالف مقتضيات المشروعية ما لم ينص المشرع على عدم جواز استهدافه بتلك الدعوى
أي دعاوى إلغاء القرار الإداري والذي هو " إفصاح الإدارة عن الملزمة بما لها من سلطة
بمقتضى القوانين واللوائح بقصد أحداث أثر قانوني معين أبتغاء مصلحة عامة " (٢).
أنه وأثناء رفع الدعوى على الطاعن إثبات شرط المصلحة التي يجب أن تكون
شخصية ومباشرة ومشروعة في إلغاء ذلك القرار الإداري حتى يكون طعنه مقبولا^(٣).

هذا إلى جانب تلك الشروط الشكلية على الطاعن إثبات قيام الشروط الأصلية
لتقديم دعواه كأن يثبت مثلاً تحقيق حالة من الحالات الواردة بالقانون رقم ١٠٦
لسنة ١٩٨٩ المتعلقة بتحديد الاختصاص للمحكمة الإدارية (المادة السابعة/ثانياً) " يعتبر
من أسباب الطعن بوجه خاص ما يلي: ١- أن يتضمن الأمر أو القرار خرقاً أو مخالفة

١- حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ ١٢/٤/١٩٥٨. مجموعة السنة الثانية عشر.

٢- حكم المحكمة الإدارية المصرية في الدعوى رقم ٢٦٣ لسنة ١/ ق جلسة ١٩٤٨/٧ - ص ٢٢٢.

٣- د طعيمة الحرف - رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة - قضاء الإلغاء - دار النهضة

العربية - ص ٢١٣.

القانون أو الانظمة والتعليمات" وبمعنى آخر أن تكون الإدارة طرفاً مدعى عليها غير
مختصة أو خرقت الصيغ الشكلية الجوهرية أو أخطأت في تطبيق قاعدة من القواعد
القانونية وإما أن تكون قد خرقت بالحرف بالسلطة أو بالإجراءات التي قد تعترى ذلك المقرر
الإداري إما بتعيب الاختصاص أو خرقه للصيغ الشكلية الجوهرية أو هضم حقوق
الدفاع أو خرق ذلك القرار لقاعدة قانونية وهو ما يتصور حصوله في عدم المشروعية
الأصلية كأن يقع الإحراف بالسلطة أو بالإجراءات والمقصود بالإحراف بالسلطة هو أن
تستعمل الجهة الإدارية سلطتها التقديرية لتحقيق غرض مخالف للغرض الذي قصد
النص القانوني المعتمد وتجدر الملاحظة في الأخير أن عبء الإحراف بالسلطة المخرج به
إمام المحكمة الإدارية على مدعيه إثباته.

كما يمكن أن تقف الإدارة موقف المدعي بمناسبة نزاع يتعلق بالمللة التعاقبية
بمبث أنه قد تلجأ الإدارة إلى إبرام عدة عقود مع الأفراد، كعقود الإئصال العمومية وهو
عقد يبرم بين الإدارة أو أحد الأفراد بقصد القيام بأحد أعمال البناء أو الترميم أو
الصيانة لعقارات، وذلك لحساب شخص عمومي وتحقيقاً للمنفعة مقابل ثمن معين محدد
في العقد^(١)

كذلك عقود إلزام المرفق العام وهو عقد يبرم بين الإدارة وأحد أشخاص
القانون الخاص، يتعهد بمقتضاها هذا الأخير بتسيير مرفق عام على نفسه وتحت
مسؤوليته^(٢) وبالتالي فإنه في صورة مخالفة ما جاء بالعقد وإذا ما ارتكب خطأ معيناً
كالإهمال مثلاً أو عدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في التنفيذ، وإذا ما تعلق الأمر بالإلتزام
المرفق العام وكان الجزاء المطلوب هو إسقاط الإلتزام ففي هذه الحالة لا بد للإدارة من
اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم في ذلك طالبة منه تقرير الجزاء المناسب مع

١ - دعزيزة الشريف - دراسات في العقد الإداري - موسوعة القضاء والفقه - ج ٣ - ١٩٨٠ -

٢ - دعلي محمد بدير، وآخرون - المرجع السابق - ص ١٨٩.

المتعاقد معها ومنه فإن على الإدارة إثبات أن الطرف المتعاقد معها قد خالف الإلزامات الواردة في صلب العقد المبرم وتقديم الأدلة التي من شأنها أن تثبت صحة التعاقد. إن القاضي الإداري في تمسكه لتكريس مبدأ البينة على من ادعى قد عمد إلى تطبيق القواعد القانونية الواردة بالقانون المدني في ما يتعلق بمسألة مسؤولية عبء الإثبات أثناء رفع الدعوى مما اتضح معه تقيده بتلك المباني إلا أنه تعامل تعامل مرة مع هذا المبدأ بتحميل طرفي النزاع أي كلا من المدعي والمدعى عليه خطر عبء الإثبات.

الفرع الثاني

أثناء سير الدعوى

اشارة سير الدعوى

إن أي طرف من أطراف الخصومة سواء كان المدعي أو المدعى عليه يمكن له أن يقدم للمحكمة أدلة الإثبات التي من شأنها أن تعزز مركزه في الدعوى، وفي مقابل ذلك فللخصوم أن يناقشوا الحجج المقدمة ضدهم لدحض أدلتهم، ولهم لإثبات ذلك أن يمدوا المحكمة بالدليل العكسي، وذلك طبقاً للمبدأ المعروف في الإثبات وهو مبدأ "الاجابة بالدليل".^(١)

لذلك فإن القاضي الإداري ونظراً لما خوله له القانون من سلطة استقرائية للبحث والتفتيش للوصول إلى الحقيقة نجده يضيف على مسؤولية عبء الإثبات نوعاً من المرونة وذلك يجعل الإدارة كطرف مدعى عليها محمولة عليها إثبات عدم صحة ما يدعيه الطرف مقابل لها، إذ أنه يكفي أن يؤكد المدعي صحة الوقائع المدلى بها، وعلى المدعى عليها الإدارة إثبات عدم صحتها فإن لم يتوصل إلى ذلك فإن الشك وفي إطار النزاع الإداري يؤول لصالح المدعي.



^١ - توفيق حسن - المرجع السابق - ص ١٩.

ففي القضاء العادي، وللتقصي من المسؤولية التي قلعت ضلعاً للمطالبة بالتعويض يمكن للإدارة أن تثير ما يعبر عنه بخطأ التضرر فلما ما ثبت هذا الخطأ فإن الإدارة تعفى من المسؤولية أما إذا كان الأمر يتعلق بحالة من حالات المسؤولية دون خطأ فإن وجود ذلك الخطأ المرتكب من طرف ثالث لا يؤثر على إعمال مسؤولية الإدارة ذلك أن وجود علاقة بين الضرر الحاصل والإدارة المنسوب إليها الفعل الضار يكفي لقيام مسؤولية الإدارة فإن على الإدارة كطرف مدعى عليها محمولة على إثبات إثبات الطرف الثالث ذلك الخطأ أو قيام قوة قاهرة أو حدث غير متوقع خرج عن إرادة مصدر الضرر.

وقد جاء في قضاء في الكويت ناصاً بأحد قراراته أن " الإضرار الناتجة عن عمل الإدارة تخضع إلى نظام المسؤولية الناتجة عن الإشغل العمومية الذي يقتضي أنه متى ثبتت العلاقة السببية، تكون الإدارة صاحبة المنشأة هي المسؤولة عن كل الأضرار الحاصلة لاستعمالها وأن مسؤوليتها في هذا المجال تقوم على قرينة الخطأ بناء على أن هذه الأخيرة هي المسؤولة عن الصيانة العادية للمنشأة العمومية وأنه لا يمكنها التقصي منها إلا بإثبات أنها بذلت كل ما في وسعها لدرك الخطر أو أن مرد الحادث كان القوة القاهرة".^(١)

وفي صورة الحالة الطارئة، فعلى الإدارة إثبات أن الأمر كان متعلقاً بمسؤولية مبنية على خطأ حتى تكون معفوة من الخطأ لأن الحالة الفجائية لا تكون معتبرة كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.^(٢)

وما تجدر ملاحظته بخصوص تحويل تبعة عبء الإثبات في القانون الإداري والتعديل الذي قام به القاضي، اعتباراً إلى تفاوت وعدم تكافؤ أطراف النزاع الذي

١ - د إبراهيم الفياض - العقد الإداري - الكويت - ١٩٨١ - ص ٢٣٦.
٢ - د الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - ط ٤ - ١٩٨٤ - ص ١٢٢.

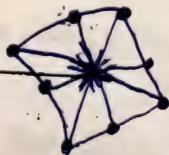
يجعل من عبء إثبات البينة يخفف عن المدعي (الطرف المقابل للإدارة) ليلقى على عاتق المدعى عليها (الإدارة) والتي تستوجب تدخل القاضي في هذا المجال.

خاصة وأن تطبيق قاعدة البينة على من ادعى لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي فإنه يجوز الإتفاق على مخالفتها مما يسمح لغير المدعي تحمل عبء الإثبات وذلك من طرف المدعى عليه، ويعود ذلك إلى أن القاعدة وإن كانت تضع أصلاً من الأصول التي ينضبط بها التقاضي إلا أنه يغلب عليها ما يؤدي إليه من تحديد مراكز المتقاضين في كل قضية من حيث حق كل منهم وواجبه في إثبات الدعوى أو نفيها أو بوظيفتها التي تحقق حقوق المتقاضين الخاصة تغلب أثرها في تنظيم التقاضي وضبطه.^(١)

كما إن قاعدة البينة على من ادعى قد تتمحور أثناء سير الدعوى لتصبح البينة " على من يدعي خلاف الثابت فرضاً "،^(٢) حيث ينتقل هذا الإثبات في حالة وجود القرائن القانونية التي هي نتائج تستخلص بحكم القانون، من واقعة معروفة للإستدلال على واقعة غير معروفة يلجأ لها المشرع في حالات معينة يبدو فيها إقناع الدليل على أمر معين مما يرتب عليه القانون أثراً خاصاً، عبئاً بالغاً حداً من الصعوبة يجعل المدعي يعجز عن النهوض به.

غير أن هذه القرينة المعمول بها من قبل القاضي الإداري، هي ليست دليلاً يثبت بها الطرف المقابل مع الإدارة في دعواه، إنما هي قاعدة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من عبء الإثبات كله أو بعضه وبالتالي يلقي على عاتق الإدارة عبء إثبات العكس باعتباره مدعياً خلاف الثابت فرضاً.

من ذلك مثلاً في مجال مسؤولية الإدارة المتأتبة عن عدم الصيانة العادية للمنشآت العمومية يعفى المدعي من إثبات خطأ الإدارة، ذلك أن انتفاء الصيانة العادية مفترض من جانبها وما عليها إذا أرادت التهرب من مسؤوليتها إلا أن تلحظ هذه القرينة لإثبات القيام بكل ما يلزم أي بقيامها بالصيانة.



الصيانة

١ - تناغو- المرجع السابق - فقرة ٤٧٣ - ص ٦٥٩.

٢ - د سعدون العامري - موجز نظرية الإثبات - مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٦٦ - ص ٢٥.

المطلب الثاني

أثار المبدأ

يعتبر الإثبات " فدية الحق " ويعتبر الحق في الإثبات من المفاهيم الحديثة التي
لاستحقاقاً من عديد الفقهاء^(١) فالإثبات كما قلنا هو " إقامة الدليل أمام القضاة
بالطريقة التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ثبوت آثارها " ^(٢)
وبالتالي يجب قبل إقامة الدعوى أمام القضاء معرفة الحق الذي من أجله يمكن
إثارة الدعوى وعلى أساس وجوده في الواقع والقانون، وبالتالي في حالة ثبوت هذا
الحق المتنازع فيه فإنه سيعمل على تحديد ملك الدعوى.

الفرع الأول

من حيث إثبات الحق

إن للخصوم حق اعتماد كل أو بعض الوسائل الممكنة وتقديم ما يمكن تقديمه
من أدلة تكون غير مخالفة للقانون ومؤيلة لدعواهم إذ أن الدعوى ملك للخصوم
والخصومة بينهما سجل إذ يحق لأحد الخصوم مطالبة القاضي استجواب خصمه
وتوجيه اليمين إليه أو رده عليه^(٣).
فلحق في الإثبات تعبير عن الموقف الإيجابي للخصوم في الدعوى المدنية، إلا أن
هذا الحق في الإثبات لا يؤخذ على إطلاقه لأنه يعرف حدوداً تشريعية إذ يعتبر تجاوز أحد
الخصمين لحدودها خرقاً لمبادئ القانون حيث يتقيد الخصوم بالطرق التي حددها

١- د أم وهيب النداوي- دور الحاكم المدني في الإثبات- الدار العربية للطباعة والنشر-
بغداد- ١٩٧٦- ص ٢١.

٢- د السهوري- الوسيط- المرجع السابق- ص ١٣.

٣- د عمود جمال زكي- الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري-
ط ٢- مطبعة جامعة القاهرة- القاهرة- فقرة ٦٣٦- ١٠٣٠.

القانونه فيلتزمون بالإجراءات والأوضاع التي رسمها القانون كما يجب لكل طرف إثبات ما يدعيه وكذلك يجب له مناقشة دليل خصمه لدحضه وتفنيله ولأن هذه النقطة تقوم إلا بالإطلاع على هذا الدليل^(١).

ومن حق الخصم الاستشهاد بوسائل أخرى كطلب شهادة الغير أو كطلب استجواب الخصم في الحالات التي يتعذر فيها إقامة الدليل المستوجب له بعد الاستجواب إجراء أساسياً من إجراءات التحقيق يلجأ إليه القاضي الإداري للحصول على إقرار من أحدهم حول واقعة قانونية مدعى بها، على أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون.

فموقف القاضي في الإثبات موقف إيجابي وليس واجباً عليه فحسب بل هو أيضاً حق له بأن يتقدم بما عنده من الأدلة والبراهين طبقاً لما حلده القانون من طرق وإجراءات، كذلك يمكن للقاضي الإداري أن يقوم بأعمال التحقيق وسماع من يرى لزوم سماعه من الشهود في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بهذه الطريقة وله أن يستدعي للشهادة من له دور في إظهار الحقيقة ويمكن له كذلك أن يدخل الغير لإلزامه بتقديم مستند يرى أنه ضروري لوجه الفصل في القضية.

إن الإدارة في إطار النزاع الإداري تحمل على عاتقها واجباً يتمثل في عدم تعطيل الحق بسوء نية منها، إذ يفترض وفي بعض الحالات على الإدارة تقديم مستندات هي مجوزتها لتمكين خصمها الذي يكون دوماً في مركز الضعف من إثبات حقه والإدارة عادة ما تجبر من قبل القاضي الإداري على تقديم مستندات تحت يدها وقد يمتد طلب القاضي أيضاً لأن يكلف الإدارة بالإضافة إلى ذلك تقديم مذكرات بيان الأسباب القانونية والواقعية التي أدت إلى إصدار القرار المطعون فيه وغير ذلك من الإيضاحات والمبررات وذلك حتى يتسنى للقاضي الإداري تحديد مدى أحقية الطرف

١ - أدور عيد - المرجع السابق - ص ٢٠.

المتقابل مع الإدارة في الحق المتنازع فيه، إذ من الضروري البت في وجود الحق المدعى^(١)
 وتعين ملأه
 ومثل ذلك وفي إطار النزاع الإداري فإنه يجوز للموظف المدعي على الإدارة
 والذي تم عزله تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خلعته للقضاء ليستخلص منه القضي
 الإداري الدليل على ذلك التعسف ليتمكن القاضي الإداري إثبات جهة الحق ووجوده
 وهكذا يتضح أن الإثبات لا يقع إلا على العناصر الواقعية مصدر الحق وأن
 تلك العبء يقع على المدعي وبالتالي فإن عبء الإثبات يك موزعاً بين الخصمين
 وكل منهم يدلي بما من شأنه تعزيز مركزه في الدعوى لإثبات الحق المتنازع فيه فتكون
 وبالتالي الغلبة لمن يحسن ترسيخ قناعة لدى القاضي التي من شأنها أن تكون مؤثراً ملأاً
 في مل الدعوى.

الفرع الثاني

من حيث مآل الدعوى

إن عدم إعمال القاضي لمبدأ المواجهة بين الخصوم يعتبر إخلالاً بحق المتقاضين في
 النفع يجعل حكمه مشوباً بالقصور يستدعي نقضه فتكريس مبدأ المواجهة بين الخصوم
 ليس بالجديد على القانون الوضعي، إذ نستشف جذوره منذ الشريعة الإسلامية حيث
 جاء في حديث شريف أن الرسول صلى الله عليه وسلم توجه إلى علي بن أبي طالب
 رضي الله عنه بقوله " يا علي إذا جلس إليك الخصمان فلا تقضي بينهما حتى تسمع
 من الآخر كما سمعت من الأول فإنك إن فعلت ذلك تهرين لك القضاء"^(٢)
 وبالتالي فإنه ليس على القاضي إصدار حكم قبل سماع حجة الخصوم إلا بعد
 إعمال مبدأ المواجهة بين الخصوم وذلك لتوفير الحماية لهم وتوفير الثقة والإطمئنان

^(١) - حسين الزمن - حكم المحاكم بعلمه في الشريعة والقانون - مجلة القلم - العدد الثالث -

لديهم في عدالة الأحكام مرده التأكيد من أن كل ما يتعلق بمنازعتهم يدار في مواجهتهم
وعدم أنفراد القاضي بطرف دون آخر وأن يكون من حقهم أن يحاطوا علما بالأدلة
التي يتقدم بها الخصم المتنازع الآخر للمحكمة وإبداء ملاحظاته عليها فعلى القاضي
تمكينهما من ذلك الحق الدفاع^(١)
ومن حق المكلف بعبء الإثبات أن يقدم للقاضي كل ما تحت يده من أدلة تدعم
مصلحته في الحصول على ما يدعيه فأن من حق الخصم الآخر أيضا أن يقوم بالرد على
هذه الأدلة وهو ما يطلق عليه حق النفي وما يعرف بمبدأ المجابهة بالأدلة بحيث يمكنه
الاطلاع عليها ومناقشتها وتفنيدها وعلى القاضي بما له من دور إيجابي في تيسير
وتحريك الدعوى أن يمكنهما من ذلك^(٢)
مبدأ المواجهة بين الخصوم هو مبدأ حق الدفاع، ويعد مبدأ المواجهة بين

الاطلاع عليه
وتحريك الدعوى أن يمكنهما من ذلك.
إن منشأ مبدأ المواجهة بين الخصوم هو مبدأ حق الدفاع، ويعد مبدأ المواجهة بين
الخصوم خصوصية إجرائية يرجع الفضل في تقريره إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(٣)
الذي من خلاله يعتمد القاضي على المتنازعين في تقديم أدلة الإثبات فله أن يقرر
بإطلاع الخصم المتنازع الآخر عليها وإبداء رأيه فيها فلا يجوز هذا المبدأ للخصم أن
يبدى في الجلسة التي يتخلف فيها خصمه طلبات جديدة أو أن يعدل في الطلبات الأولى
كما لا يجوز للمدعي عليه أن يطلب في غيبة المدعي الحكم له عليه بطلب ما.
وعليه يتعين على القاضي الإداري أن لا يتحرى الأدلة بنفسه عن الخصوم أو أن
يقضي بمقتضى علمه الشخصي عن وقائع الدعوى، إذ أن في ذلك إخلالاً لحقهم في
الدفاع والمواجهة بالأدلة ولعل ما يستغرب وفي إطار القضاء الإداري وبمناسبة نزاع إداري
تسبب بين الإدارة وأحد الأطراف أن المشرع وفي إطار هذا القانون لم يرتب جزاءً عن
الإخلال بذلك المبدأ أي بمبدأ المواجهة بين الخصوم إنما قد اكتفى بالتذكير بإجراءات
الإستدعاء.

١- السنهوري- الوسيط- ج ٢- ص ٣٣-٣٣.

٢ - أنظر المواد ٣٦-٧٦-٧٧-٧٩-٨٠-١١٤/أولاً-١١٩. من قانون الإثبات العراقي.

٢- حكم مجلس الدولة الفرنسي - الاحكام الادارية الكبرى - ص ٢٨٠.

إن رقابة القاضي الإداري في مجال الإثبات تتمثل أسساً في رقابة الجوانب القانونية للنزاع، فله أن يثير دفعات تتصل بمقتضيات النظام العلم فقط، كذلك لا يعتبر القاضي متجاوزاً لحدود سلطاته إذا ما أثار من تلقاء نفسه دعواً متعلقاً بالنظام العام كالرفع بعدم الاختصاص وذلك حتى وإن لم يتمسك بها أطراف النزاع.

مثلاً في مجال دعوى الإلغاء له أن يثير مسألة عدم الاختصاص وهي مسألة تهم النظام العام يجوز له إثارتها من تلقاء نفسه ومن دون التوقف على طلبات الخصوم فهو يدخل في نطاق أعمال القاضي لكونها تتعلق بمسائل قانونية يقضي بها دون أن يكلف أحداً من الخصمين بإثباتها لكونها ليست عملاً للإثبات.

ويجدر الإشارة أنه لا يمكن لأطراف النزاع إضافة طلبات جديدة مثبتة على وقائع وأدلة جديدة، إذ أن إطار المنازعة يتحدد فقط بما يورده المدعي في عريضة دعوى رفعها ولا يسوغ له التوسع فيها أو إضافة طلبات جديدة عملاً بمبدأ رسوخ الدعوى.

ويقصد برسوخ الدعوى أنه لا يجوز تحويل طبيعة الدعوى أو تغيير السبب من عدم الشرعية الخارجية إلى عدم الشرعية الداخلية، أي أن الدعوى لا يقبل تحويراً بتأسيسها على سبب داخلي إذا ما أقيمت على سبب خارجي مثل عدم الاختصاص أو تأسيسها على سبب داخلي إذا ما أقيمت على سبب داخلي.^(١٠)

عزى الصيغ الشكلية الجوهرية، لا يقبل تحويرها بتأسيسها على سبب داخلي.^(١١) إن القاضي الإداري له سلطة استقرائية واسعة بخصوص دوره في رقابة الإثبات لكن هذه السلطة تعرف حدوداً خاصة وأن نظرية الإثبات تنقسم بفعل نظام قانوني مستقل بها في مادة النزاع الإداري التي تكون مادة الإجراءات المدنية والتجارية الأصل بالنسبة لها والمرجع الأساسي الذي يعتمد عليه القاضي الإداري كلما تعدت عليها إبهة حلول من شأنها أن تساعد على الوصول إلى الحقيقة المنشودة لتكريس العدالة بين الأطراف الدعوى.

لقد توضح لنا ما تقدم أن ظهور القانون كآلية لتنظيم المجتمع بما ألزمته وثقته من أثر وخيمة مست الفرد والمجتمع على حد سواء الشيء الذي أفضى إلى التفكير في خلق مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للمجتمع بغية تحقيق السلم والأمن الإجتماعيين فكان سن أول القوانين

القانونية
وكما هو معلوم لا يمكن لأي نسق مجتمعي تحقيق الأمن والاستقرار لإفراد إلا بتبعية مؤسسات ديمقراطية يعهد إليها بممارسة مجموعة من السلطات وهذه الأخيرة يمكن حصرها في سلطة من القواعد القانونية أو ما يعرف بالسلطة التشريعية وسلطة التنفيذ هذه القوانين وتسمى السلطة التنفيذية وبطلق عليها السلطة عن علاقات الأفراد فيما بينهم أو بين السلطة التنفيذية وبطلق عليها السلطة القضائية، ومن ثم ظهر لنا أهمية السلطة القضائية لما لها من دور فعل وحلم في تنظيم المجتمع وتحقيق السلم الاجتماعي بين أفراده، إلا أن هذه الأهمية الحيوية للسلطة القضائية يمكنها أن تبقى مجرد حبر على ورق إذا لم تفعل بالوسائل الضرورية لذلك وعليه تم إنشائه ولحاكم تحسباً للسلطة القضائية وتطبيق القانون.

قائمة المراجع

١. د. إبراهيم طه الفياض - العقد الاداري - الكويت - ١٩٨١.
٢. د. أحمد إبراهيم - طرق القضاء في الشريعة الاسلامية - القاهرة - ١٩٢٨.
٣. د. أحمد عثمان عيد - مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية - رسالة دكتوراه - القاهرة - ١٩٧٣.
٤. د. أحمد مسلم - أصول المرافعات - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٧١.
٥. د. أحمد نشأت - رسالة الاثبات - ج ٢ - القاهرة - ١٩٧٤.
٦. د. آدم وهيب النداوي - شرح قانون الاثبات - بغداد - ١٩٨٦.
٧. د. آدم وهيب النداوي - دور الحاكم المدني في الاثبات - الدار العربية للطباعة والنشر - بغداد - ١٩٧٦.
٨. د. الورع - قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية - بيروت - ج ١ - ١٩٦١.
٩. توفيق حسن فرج - قواعد الاثبات (البينات) في المواد المدنية والتجارية - بيروت - الدار الجامعية للطباعة والنشر - ١٩٨٠.
١٠. توفيق شحاته - مبادئ القانون الاداري - القاهرة - ١٩٥٥.
١١. د. ثروت بدوي - مبادئ القانون الاداري - المجلد الاول - ١٩٦٦.
١٢. جمل مولود زيان - ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي - دار الشؤون الثقافية العامة - بغداد - ١٩٩٢.
١٣. حسن السيد بسيوني - دور القضاء في المنازعات الادارية - دار الشعب - القاهرة - ١٩٨١.
١٤. القاضي حسين الشمري - دور الشهادة في الاثبات المدني - رسالة مقدمة الى المعهد القضائي - الدراسة المتخصصة - القسم المدني - ١٩٩١.
١٥. القاضي حسين الشمري - الخبرة في الدعوى المدنية - بحث مقدم لنيل الترقية الى الصنف الاول من صنوف القضاة - بغداد - ١٩٩٧.

٣٦. حسين التومن - حكم الحاكم يعلمه في الشريعة والقانون - مجلة القضاء - العدد الثالث - ١٩٧٦.

٣٧. حفي ياسين عكاشة - القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة - الاسكندرية - ١٩٨٧.

٣٨. حتى لو يغير - القانون الإداري - ج ١ - ط ٣ - بدون سنة طبع.

٣٩. سعفون العفري - موجز نظرية الإثبات - مطبعة المعارف - بغداد - ١٩٦٦.

٤٠. د. سليمان مرقس - أصول الإثبات وأجراءاته في المواد المدنية - ج ١ - عالم الكتب - القاهرة - ١٩٨١.

٤١. صبر عبد الستار تنافو - نظرية الالتزام - الاسكندرية - ١٩٧٥.

٤٢. شب توما منصور - القانون الإداري - الكتب الأولى - ١٩٨٠.

٤٣. ضياء شيت خطاب - الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية - بغداد - ١٩٧٣.

٤٤. ضياء شيت خطاب - حول قانون الإثبات (طاوله مستديرة) - مجلة العدالة - العقد الثاني - السنة السادسة.

٤٥. طعيمة الجرف - رقابة القضاء على أعمال الإدارة العامة - قضاء الالغاء - دار النهضة العربية.

٤٦. د. سليمان محمد الطماوي - الاسس العامة للمعقود الادارية - ط ٤ - ١٩٨٤.

٤٧. د. عباس زبون عبود العبوي - أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٨٤.

٤٨. د. عباس العبوي - أحكام قانون الإثبات المدني العراقي - دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل - ١٩٩١.

٤٩. د. عباس العبوي - شرح أحكام قانون الإثبات المدني - دار الثقافة - عمان - الأردن - ١٩٩٩.

٥٠. عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - ج ١ - دار الفكر العربي.

٣٦. د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٢ - القاهرة - دار الشفاء العربية.
٣٧. عبد الغني بسونى - القضاء الاداري - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٥٦.
٣٨. عزيزة الشريف - دراسات في العقد الاداري - موسوعة القضاء والقانون - ج ٣ - ١٩٥٠.
٣٩. د. عصام عبد الوهاب البرزنجي - السلطة التقديرية للاتارة والرقابة القضائية - ١٩٥١.
٤٠. د. عصمت عبد المجيد - الوجيز في شرح قانون الاثبات - مطبعة الزمان - بغداد - ١٩٥٧.
٤١. د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، د. ياسين السلامي - ملحق وإحكام القانون الاداري - جامعة بغداد - كلية القانون - بغداد - ١٩٧٣.
٤٢. فتحي والي - قانون القضاء المدني - بيروت - ١٩٧٠.
٤٣. فيل - الاسس الدستورية للقانون الاداري - مجلة وثائق مجلس الدولة الفرنسي - ١٩٥٤.
٤٤. د. ماجد راغب الحلو - الدعاوى الادارية (دعوى الالغاء - دعوى التعويض - دعوى التأديب - طرق الطعن في الاحكام الادارية) - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٤.
٤٥. د. مازن ليلو راضي - القضاء الاداري - ط ٢ - مطبعة جامعة دمشق - دمشق - ٢٠١٠.
٤٦. محمد حميد السماكية - حجية الاقرار في الاحكام القضائية في الشريعة الاسلامية (مقارن) - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - ١٩٧١.
٤٧. د. محسن خليل - قضاء الالغاء - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٨.
٤٨. محمد العشماوي، وعبد الوهاب العشماوي - قواعد المرافعات في التشريع المصري (مقارن) - المطبعة النموذجية - القاهرة - ١٩٥٨.
٤٩. محمد عبد السلام غلص - نظرية المصلحة في دعوى الالغاء - دار الفكر العربي - القاهرة - ١٩٨١.
٥٠. د. محمد علي جواد - القضاء الاداري - بغداد - بدون سنة طبع.

٤٦. د. محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري العربي في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي
التعاوني - المجلد الأول - القاهرة - ١٩٦٧.
٤٧. د. محمود جمال زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري
ط ٣ - مطبعة جامعة القاهرة - القاهرة.
٤٨. د. منير القاضي - شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية - بغداد - ١٩٥٧.
٤٩. نبيل إبراهيم سعد - الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية للطباعة
والنشر - بيروت - بدون سنة نشر.
٥٠. د. هاشم الحافظ - محاضرات في الإثبات - كلية القانون - جامعة بغداد - ١٩٨٢.
٥١. القاضي ياسين خضير عباس السعدي - الخبرة في الدوى الجزائية - بحث مقدم الى المعهد
القضائي كجزء من متطلبات الدراسة القانونية المتخصصة العليا - القسم الجنائي -
١٩٨٩.